

Konkurrenzprobleme um § 267 StGB

**Ein Beitrag zur Lehre von den Mischgesetzen
und zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz im Strafrecht**

INAUGURAL - DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
ALBRECHT SCHMIDT

1965

Konkurrenzprobleme um § 267 StGB

**Ein Beitrag zur Lehre von den Mischgesetzen
und zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz im Strafrecht**

INAUGURAL - DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
ALBRECHT SCHMIDT

1965



Erstgutachter: Professor Dr.jur. Dr.med.h.c. Karl Engisch

Zweitgutachter: Professor Dr.jur.Reinhart Maurach

Tag der mündlichen Prüfung: 21.12.1965

Inhaltsverzeichnis

Seite:

<u>1. Teil: Das Verhältnis der Modalitäten des</u>	
<u>§ 267 StGB zueinander</u>	1
A. Die geschichtliche Entwicklung, das Problem, die Lösungsversuche, die gemeinsame Grundlage aller Lösungsversuche	1
B. Verbrechenseinheit - Tatbestandseinheit - Gesetzeskonkurrenz	7
C. Die Einordnung der Lösungsversuche	12
D. Die Kritik an den Lösungsversuchen	14
I. Die Annahme einer Tatbestandseinheit bei § 267 StGB	14
1. Der Fortsetzungszusammenhang	14
2. Die Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung und der Begriff der Tat- bestandseinheit	15
3. Die Unterscheidung zwischen kumulativen und alternativen Mischgesetzen	20
a) Die Unterscheidungsmerkmale	23
(1) Die Vorschläge von Lehre und Rechtsprechung	23
(a) Das praktische Bedürfnis	24
(b) Die Verwandtschaft der Tatbestände	25
(c) Die äußerliche Einheit des Paragraphen	26
(d) Die Einheitlichkeit der Straf- drohung. Die Gleichwertigkeit der Delikts- merkmale. Exkurs: Die ausdrückliche Gleichachtung	27
(e) Die Gemeinsamkeit der Bezeichnung	29
(f) Die Identität des Rechtsguts. Ein Vergleich mit dem Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung	30
(g) Die Gleichheit des Angriffs- objekts	33

(h) Die Gleichheit der Absicht. Die Gleichwertigkeit der Absicht. Noch ein Vergleich mit dem Ver- hältnis zwischen Versuch und Vol- endung. Die Bewertungsseinheit	33
(2) Die eigene Lösung	37
b) Die Anwendung der gefundenen Erkennt- nisse auf § 267 StGB	40
(1) Herstellung und Verfälschung	40
(2) Der Gebrauch unechter und ver- fälschter Urkunden	43
(3) Herstellung und Gebrauch	43
II. Die Annahme einer Gesetzeskonkurrenz zwischen den Tatbeständen des § 267 StGB	48
1. Die Formen der Gesetzeskonkurrenz	48
a) Die Spezialität	49
b) Die Alternativität	50
c) Subsidiarität und Konsumtion	52
(1) Der Streit um die Berechtigung dieser Unterscheidung	53
(2) Der Streit um die Abgrenzung von Subsidiarität und Konsumtion	54
2. Rechtsgrund und Voraussetzungen der Gesetzeskonkurrenz	59
3. Die behaupteten Unterschiede zwischen Subsidiarität und Konsumtion	66
4. Die Anwendung der gewonnenen Erkenntnisse auf § 267 StGB	70
a) Die Handlung	72
(1) Die Intensitäten der Angriffe	72
(2) Die Extensitäten der Angriffe	73
b) Der Einfluß der Absicht	73
(1) auf das Intensitätsverhältnis	73
(2) auf das Extensitätsverhältnis	74

c) Der Einfluß der Strafdrohung	76
III. Real- oder Idealkonkurrenz bei Herstellung mit unbestimmter oder unerfüllter Gebrauchs- absicht	82
1. Die tatbestandliche Handlungseinheit	82
2. Die natürliche Handlungseinheit	83
3. Der Fortsetzungszusammenhang	88
4. Die Meinung von Peters	88
<u>2. Teil: Das Verhältnis der Tatbestände des § 267 StGB zu anderen Tatbeständen</u>	90
A. Fremde Tatbestände beim Gebrauch	90
B. Fremde Tatbestände bei der Herstellung	92

- - - - -

Literaturverzeichnis

- Allfeld, Philipp, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8.Aufl. 1922
- Baumann, Jürgen, Strafloße Nachtat und Gesetzeskonkurrenz, MDR 1959, 10 ff. (zit.: MDR 1959)
- Baumann, Jürgen, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2.Aufl. 1961 (zit.: Lehrb.)
- Baumgarten, Arthur, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 103 (1909)
- Beling, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, 1906 (zit.: L.v.V.)
- Beling, Ernst, Begünstigung und Hehlerei. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil Bd.VII (1907) S.1 ff
- Beling, Ernst, Grundzüge des Strafrechts, 8./9.Aufl. 1925 und 11.Aufl. 1930 (zit.: Grundzüge; bei Zitaten ohne besondere Angaben ist die 11.Aufl. gemeint)
- Beling, Ernst, Die Lehre vom Tatbestand, 1930 (zit.: L.v.Tatb.)
- Binding, Karl, Handbuch des Strafrechts, 1.Bd., 1885 (zit.: Handb.)
- Binding, Karl, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Bd.I, 2.Aufl. 1902
Bd.II, 1.Abteilung, 2.Aufl. 1904 (zit.: Lehrb.)
- Binding, Karl, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7.Aufl. 1907 (zit.: AT)
- Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung Bd.I, 4.Aufl. 1922
Bd.II, 2.Hälfte, 2.Aufl. 1916 (zit.: Normen)

- Bockelmann, Paul, Der Unrechtsgehalt des Betruges. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70.Geburtstag, 1944, S.226 ff.
- Bruns, Hans-Jürgen, Anmerkung zu LG Mühlhausen i.Els., DR 1943,903
- v.Buri, M., Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1879
- Coenders, Albert, Über die Idealkonkurrenz, 1921
- Drechsler, Karl-Heinz, Die mitbestrafte Tat, Dissertation Leipzig 1936
- Dreher, Eduard, Anmerkung zu OLG Braunschweig MDR 64,167 f.,168 f.
- Eckstein, Ernst, Die Konkurrenz von Strafschärfungs- und Milderungsgründen. Der Gerichtssaal (GS) Bd.84 (1916) S.463 ff.
- Engisch, Karl, Der finale Handlungsbegriff. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70.Geburtstag, 1944, S.141 ff. (zit.: Festschrift Kohlrausch)
- Engisch, Karl, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. Festschrift für Edmund Mezger zum 70.Geburtstag, 1954, S.127 ff. (zit.: Festschrift Mezger)
- Engisch, Karl, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen. Festschrift für Theodor Rittler zum 80.Geburtstag, 1957, S.165 ff. (zit.: Festschrift Rittler)
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 2.Aufl., 1959 (zit.: Einführung)
- Finger, August, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1.Bd. 1904
- Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15.Aufl. 1924
- Geerds, Friedrich, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961

- Gelbert, Karl, Die mitbestrafte Tat, Dissertation Heidelberg 1934
(zit.: Tat)
- Gelbert, Karl, Vollendung und Beendigung von Straftaten
Deutsches Strafrecht 1943, S.1 ff.
(zit.: DStR)
- Gerland, Heinrich, Deutsches Reichsstrafrecht,
2.Aufl. 1932
- Habermaas, H.Fr. Die Ideale Konkurrenz der Delikte,
1882
- Hälschner, Hugo, System des Preußischen Strafrechts,
1.Teil, 1858
(zit.: System)
- Hälschner, Hugo, Das gemeine deutsche Strafrecht,
I.Bd., 1881
(zit.: Strafrecht I)
- Häussling, Josef M., Anmerkung zu BGH JZ 63,68 f.
(= BGHSt 17,97 ff.), JZ 63,69 f.
- Hartung, Fritz, Das Steuerstrafrecht, Kommentar, 1950
(zit.: Steuerstrafrecht)
- Hartung, Fritz, Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Südd.Juristen-Zeitung 1950, Sp.326 ff.
(zit. SJZ)
- Heinitz, Ernst, Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozeß, JZ 52,100 ff.
- Hiller, Carl, Über den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Concurrenz der Delicte.
Der Gerichtssaal (GS) Bd.32 (1880)
S.195 ff.
- v.Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, Bd.I 1925
Bd.II 1930
(zit.: Deutsches Strafrecht)
- v.Hippel, Robert, Lehrbuch des Strafrechts, 1932
(zit.: Lehrb.)
- Hirschberg, Rudolf, Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd.53 (193)
S.34 ff.

- Höpfner, Wilhelm, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1.Bd., 1901
- Honig, Richard, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, 1919
(zit.: Einwilligung)
- Honig, Richard, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925
(zit.: Studien)
- Honig, Richard, Strafblose Vor- und Nachtat, 1927
(zit.: Nachtat)
- Huschka, Hubert, Diebstahl oder Betrug im Selbstbedienungsladen, NJW 1960, 1189 f.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Die Konkurrenz.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd.67 (1955) S.529 ff.
- John, Richard, Beiträge zur Lehre von der Verbrechens-Konkurrenz.
Archiv für Preußisches Strafrecht hrsg. durch Goldammer (GA) 3.Band (1855) S.497 ff.
- Klug, Ulrich, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd.68 (1956) S.399 ff.
- Köhler, August, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900
(zit.: Grenzlinien)
- Köhler, August, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil, 1917
(zit.: Strafrecht)
- König, Herbert, Die Unterscheidung von juristischer Vollendung und faktischer Beendigung und ihre Bedeutung für Teilnahme und Begünstigung.
Dissertation Köln, 1938
- Köstlin, Reinhold, System des deutschen Strafrechts, 1.Abteilung, Allgemeiner Teil, 1855
- Kohlhaas, Max, Anmerkung zu OLG Frankfurt
NJW 62, 1879 ff., 1879 f.
- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43.Aufl. (1961)
bearbeitet von Richard Lange

- v.Kries, August, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892
- Lent, Friedrich, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, 1.Bd. 1912
- v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Franz v.Liszt; 25., vollkommen durchgearbeitete und zum Teil umgestaltete Aufl. (1927) besorgt von Eberhard Schmidt
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe, Werner Rosenberg, Johannes Nagler, Heinrich Jagusch, Edmund Mezger, August Schaefer, Wolfhart Werner) (zit.: LK)
I. Bd. (§§ 1-152), 7. Aufl. 1954, 8. Aufl. 1957,
II. Bd. (§§ 153-370), 6./7. Aufl. 1951, 8. Aufl. 1958.
Bei Zitaten ohne besondere Angaben sind die 8. Auflagen gemeint.
- Lorenz, Urkundenfälschung.
Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, hrsg. von Franz Gürtner, 1935, S. 186 ff.
- Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1965, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1964 (zit.: AT und BT)
- Maurach, Reinhart, Anmerkung zu OLG Bremen JZ 56, 256 f., 257 f. (zit.: JZ 56, 2..)
- Maurach, Reinhart, Zur Rechtsnatur des erpresserischen Kindesraubes (§ 239a StGB), JZ 56, 559 ff. (zit.: JZ 56, 5..)
- Mayer, Hellmuth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953
- Mayer, Max Ernst, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2., unveränderte Aufl., 2. Abdruck, 1923
- Meister, Hans-Georg, Spezialität und Konsumtion. Deutsches Strafrecht (DStR) 1943, S. 26 ff.

- Merkel, Die Strafanwendung durch den Richter.
Handbuch des deutschen Strafrechts,
hrsg.von V.Holtzendorff, Bd.IV (1877)
S.207 ff.
(zit.: Handb.Holtzend.)
- Merkel, Anmerkung zu RG JW 26,2686 f.,2686 f.
(zit.JW 26,26..)
- Merkel, Anmerkung zu RG JW 28, 1597 ff.,Anm.
S.1597 ff.
(zit. JW 28,15..)
- Mezger, Edmund, Vollendung und Beendigung beim Betrug,
JW 1938, 493 ff.
(zit.: JW 1938)
- Mezger-Blei, Strafrecht, Studienbuch, begr.von Edmund
Mezger, fortgeführt von Hermann Blei,
I. Allgem.Teil, 10.Aufl. 1963,
II.Besond.Teil, 8.Aufl. 1964
- Niese, Werner, Wie verhält sich das Gebrauchmachen zum
Fälschen in § 267 StGB, DRiZ 1951,177 f.
- Oehler, Dietrich, Das objektive Zweckmoment in der
rechtswidrigen Handlung, 1959
- Oetker, Friedrich, Das Verfahren vor den Schwur- und
Schöffengerichten, 1907
- v.Olshausen, Justus, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das
Deutsche Reich,
Bd.I, 10.Aufl.1916 (soweit keine ande-
re Aufl. angegeben ist),
Bd.II, 10.Aufl. 1916
- Ortmann, Rudolf, Zur Lehre von der Idealkonkurrenz.
Archiv für Strafrecht, begr.durch
Goldammer, 35.Bd. (1887) S.26 ff.
- Peters, Karl, Einheitsstrafe bei Verbrechensmehrheit.
Festschrift für Eduard Kohlrausch zum
70.Geburtstag, 1944, S.199 ff.
- Rittmann, Dieter, Wesen und Bedeutung der Konsumtion im
Rahmen der strafrechtlichen Konkurrenz-
lehre, Dissertation Tübingen 1956
- Rosenfeld, Ernst Heinrich,
Der Reichs-Strafprozeß, Lehrbuch,
4./5.Aufl.1912

- Sauer, Wilhelm, Der Zueignungsbegriff.
Archiv für Strafrecht und Strafpro-
zeß, begr. durch Goldammer (GA),
63.Bd.(1917) S.284 ff.
(zit.: Sauer, GA)
- Sauer, Wilhelm, Allgemeine Strafrechtslehre, 3.Aufl.
1955
(zit.: Strafrechtslehre)
- Sax, Walter, Das rechtliche Verhältnis fälschlicher
Herstellung (Verfälschung) und Ge-
brauchen einer Urkunde in § 267 StGB,
MDR 51,587 ff.
- Schaffstein, Friedr. Das Verbrechen eine Rechtsgutsverlet-
zung?
Deutsches Strafrecht (DStR) 1935,
S.97 ff.
- Schmidt, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
Teil II: Erläuterungen zur Strafpro-
zeßordnung und zum Einführungsgesetz
zur Strafprozeßordnung, 1957
- Schmitt, Rudolf, Die Konkurrenz im ~~geltenden~~ und künf-
tigen Strafrecht.
Zeitschrift für die gesamte Straf-
rechtswissenschaft (ZStW) Bd.75 (1963)
S.43 ff. und S.179 ff.
- Schneidewin, Karl, Inwieweit ist es möglich und empfeh-
lenswert, die Art der Konkurrenz zwi-
schen mehreren Straftatbeständen im
Gesetz auszudrücken?
Materialien zur Strafrechtsreform
Bd.I (1954) S.221 ff.
- Schönke, Adolf, Die Umgestaltung der Urkundendelikte.
Deutsches Strafrecht (DStR) 1943,
S.137 ff.
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, begr.
von Adolf Schönke, fortgeführt von
Horst Schröder, 11.Aufl.1963 (so-
weit keine andere Auflage angegeben
ist)
- Schröder, Horst, Sicherungsbetrug und Sicherungserpres-
sung, MDR 1950, 398 ff.
(zit: MDR 1950)

- Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch, begr.von Otto Schwarz, fortgeführt von Eduard Dreher, 25.Aufl.1963, 26.Aufl.1964 (Bei Zitaten ohne besondere Angaben ist die 25.Auflage gemeint)
- Schweikert, Heinrich, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957
- Schwinge, Erich, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930
- Stratenwerth, Günter, Anmerkung zu OLG Hamm JZ 61,94 f., 95 ff.
- Wachenfeld, Friedrich, Theorie der Verbrechenskonnkurrenz, 1893
- v.Wächter, Carl Georg, Deutsches Strafrecht, Vorlesungen, hrsg. von O.v.Wächter, 1881
- Warda, Günter, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre. Juristische Schulung (JUS) 1964, S.81 ff.
- Weismann, Jakob, Der Tatbestand der Urkundenfälschung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd.11(1891) S.1 ff.
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, Systematische Darstellung, 8.Aufl. 1963
- Wertheimer, Robert Th., Die Mischgesetze des Deutschen Strafgesetzbuches. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 47 (1903)
- Wolf, Erik, Der Sachbegriff im Strafrecht. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 5.Bd.(1929): Strafrecht und Strafprozeß S.44 ff. (zit.: Festgabe Reichsgericht)
- Wolf, Erik, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931 (zit.: Typen)

Abkürzungen

RG Rspr. Die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, hrsg. von Mitgliedern der Reichsanwaltschaft (zitiert nach Band und Seitenzahl)

Im übrigen wurden - abgesehen von den im Literaturverzeichnis angegebenen Zitierweisen - die üblichen Abkürzungen verwendet.

- - - - -

1. Teil

Das Verhältnis der Modalitäten des § 267 StGB zueinander

A. Die geschichtliche Entwicklung, das Problem, die Lösungsversuche, die gemeinsame Grundlage aller Lösungsversuche

Die Verordnung vom 29.5.1943 (RGBl I S.339) gestaltete den Tatbestand des § 267 StGB um: Aus dem zweiaktigen wurde ein einaktiges Delikt¹⁾: Der Tatbestand verlangt nun nicht mehr Fälschung und Gebrauch; es genügt seitdem eine Handlung, Fälschung oder Gebrauch²⁾. Damit tauchte die Frage auf, wie der Täter, der zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt oder eine echte Urkunde verfälscht und anschließend das Falsifikat gebraucht, zu bestrafen ist³⁾.

-
- 1) Verschiedentlich wird auch heute noch § 267 StGB als ein (verkümmert) zweiaktiges Delikt bezeichnet (so Schönke-Schröder § 267 Rdn.79), s.dazu S.47
 - 2) So auch § 303 Abs.1 Nr.1 und 2 des Entwurfs von 1962
 - 3) Diese Frage war an sich nicht neu. Dasselbe Konkurrenzproblem bestand schon bei den Nummern 2 (bzw.3) und 1 des § 275 StGB, ein ähnliches (das verbindende Glied der Absicht fehlt) zwischen den §§ 271 und 273 StGB. Den Täter, der sowohl den Tatbestand des § 271 (bzw. § 275 Nr.2 oder 3) StGB als auch den Tatbestand des § 273 (bzw. § 275 Nr.1) StGB erfüllte, bestrafte man entweder nur nach § 271 (bzw. § 275 Nr.2 oder 3) StGB oder nur nach § 273 (bzw. § 275 Nr.1) StGB (s. dazu Olshausen II § 273 Anm.2 und § 275 Anm.9 und die dort Genannten, RG 58,34 ff., 34 f. Auch die Vorschriften, die das Herstellen oder das In-Verkehr-Bringen gesundheitsschädlicher Lebensmittel unter Strafe stellen (§ 3 Nr.1a/b, 2 a/b i.V.m. § 11 des Lebensmittelgesetzes vom 5.7.1927, § 324 StGB) gehören in diesen Zusammenhang.

Nach der Meinung der Rechtsprechung, insbesondere des BGH, sind Fälschung und Gebrauch nur als eine Straftat, als eine Urkundenfälschung zu werten⁴⁾, wenn zwischen beiden Handlungen ein durch den Willen des Täters begründeter Zusammenhang besteht⁵⁾⁶⁾. Dann würde die mit dem Fälschen rechtlich vollendete Straftat durch den Gebrauch beendet⁷⁾. Dabei wurden immer strengere Anforderungen an den Willen des Täters gestellt. Genügte anfangs⁸⁾, daß das Fälschen "entsprechend dem von Anfang an bestehenden Plan" des Täters in den Gebrauch übergang, so wurde später⁹⁾ gefordert, daß dieser bestimmte Gebrauch schon bei der Fälschung geplant war. In seiner neuesten Entscheidung¹⁰⁾ zu dieser Frage verlangt der BGH, daß sich der Täter "bereits bei der Fälschungshandlung i.S. eines Gesamtvorsatzes bestimmte Vorstellungen über den späteren Gebrauch der Fälschurkunde macht". Der BGH spricht dabei von einem "Fall der fortgesetzten Handlung". Schon der OGH¹¹⁾ hatte

4) BGH 5,291 ff.,293, BGH GA 1955, 245 f.,246, BGH 17,97 ff., 99

5) OLG Braunschweig GA 54,315 f.,316

6) Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß das RG (RG 58,34 ff. (34/35)) den § 273 StGB nur dann als straflose Nachtat hinter § 271 StGB zurücktreten ließ, wenn der Täter den späteren Gebrauch von Anfang an ins Auge gefaßt hatte, obwohl bei § 271 StGB das verbindende Glied der Täuschungsabsicht fehlt. Zu diesem Urteil s.a. Drechsler S.74 f.

7) So schon BGH LM 263 Nr.6, BGH 5,291 ff.,293, s.a. OLG Braunschweig GA 54,315 f.,316.

8) BGH LM 263 Nr.6

9) BGH 5,291 ff.,293, BGH GA 1955, 245 ff.,246

10) BGH 17,97 ff.,99

11) OGH 1,161. Ebenso OLG Bamberg HEST 2,325, OLG Braunschweig NdsRpfl 1960,90.- Wenn Nagler (LK II 6.,7.A./1951, 267 Anm.III,5) und Jagusch (LK II 8.A./1958, 267 Anm.9) von einem Fortsetzungszusammenhang zwischen Fälschen und Gebrauch sprechen, so wollen sie, wie sich aus ihren anderen Ausführungen ergibt, diesen Ausdruck nicht im juristisch-technischen Sinn verstanden wissen.

eine fortgesetzte Urkundenfälschung bei Herstellung und Gebrauch derselben Urkunde angenommen.

Schröder schließt sich seit der 10. Auflage des Kommentars von Schönke-Schröder¹²⁾ der Auffassung des BGH an: Der Gebrauch, der dem ursprünglichen Deliktsplan entspricht, sei nur Bestandteil einer "Gesamtat"; es handele sich "um einen einheitlichen Deliktskomplex", "der zwar mit dem Fälschen vollendet, mit dem Gebrauchmachen jedoch erst tatsächlich beendet" sei¹³⁾. Da der Gebrauch das beabsichtigte Ziel des Täters ist, der später verwirklichte zweite Akt schon im subjektiven Bereich Tatbestandsmerkmal (Absicht) des ersten Aktes ist, würden "mehrere natürliche Handlungen durch den Tatbestand des Gesetzes zu einer Bewertungseinheit", zu "einer Handlung im Rechtssinne" verknüpft¹⁴⁾.

Eigentlicher Grund für die Annahme nur einer Urkundenfälschung ist somit bei Schröder nicht so sehr der durch den Täterwillen begründete Zusammenhang zwischen Fälschung und Gebrauch im Einzelfall, sondern vielmehr die an diese Tatsache anknüpfende Bewertung durch den gesetzlichen Tatbestand. Dabei geht es Schröder in erster Linie nicht um die Begründung einer Handlungseinheit, wie man es seinen Ausführungen zu Randnummer 9 vor § 73 StGB entnehmen könnte, denn Handlungseinheit kann auch zu Idealkonkurrenz führen. Wesentlich ist ihm die aus der Bewertungseinheit gewonnene Erkenntnis, daß es sich bei § 267 StGB um ein (verkümmert) zweiaktiges Delikt¹⁵⁾, also um einen Tatbestand i.S. des § 73 StGB handelt. So versteht ihn auch Schmitt¹⁶⁾, der zustimmend behauptet, bei der Verwirklichung beider Alternativen, bei Herstellung und Gebrauch, läge nur eine Tatbe-

12) 10.A./1961 §267 Anm.VI 6

13) § 267 Rdn.79

14) Rdn.9 vor § 73

15) Rdn.79 zu § 267

16) ZStW 75,57 (insbes.Anm.82) und S.46 (zu III a)

standsverwirklichung vor. Erst als Folge dieser - angenommenen - Tatbestandseinheit ergibt sich dann eine "gesetzlich vertyppte"¹⁷⁾, besser: eine gesetzlich fingierte Handlungseinheit innerhalb des Tatbestandes¹⁸⁾.

Geerds¹⁹⁾ sieht - wie Schröder und Schmitt - in Fälschung und Gebrauch nur unselbständige Begehungsweisen eines einheitlichen Tatbestandes. Gebraucht der Fälscher das Falsifikat, so soll "schon formal nur eine einheitliche Tatbestandsverwirklichung" vorliegen, nur ein abstrakter besonderer Tatbestand verletzt sein.

Nach Drechsler²⁰⁾, Kohlrausch-Lange²¹⁾, Maurach²²⁾, OLG Oldenburg²³⁾ und OLG Nürnberg²⁴⁾ ist der Gebrauch straflose Nachtat des Fälschens²⁵⁾. Auch Geerds²⁶⁾ meint, daß man das Gebrauchmachen als straflose Nachtat ansehen müßte, wenn man sich nicht seiner - oben dargelegten - Auffassung ausschliesse.

Eine ausführliche Begründung der Annahme einer straflosen Nachtat gab nur Sax²⁷⁾, der allerdings nunmehr lt. Häussling²⁸⁾ die Fälschung als straflose Vortat bezeichnen möchte. Aus der Tatsache, daß der Fälscher mit dem Gebrauch nur seine

17) Maurach AT, S. 623

18) Oft verkennen Rechtsprechung (treffliches Beispiel RG JW 26, 2686 f.) und Schrifttum in diesem Zusammenhang, daß sich diese Handlungseinheit nicht von selbst ergibt, sondern die Folge der - erst nach-zuweisenden - Tatbestandseinheit ist. Siehe dazu auch Geerds S. 313.

19) a.a.O. S. 154 Anm. 23, 160 f.

20) a.a.O. S. 17 f.

21) a.a.O. § 267 Anm. VI

22) BT S. 463

23) MDR 1948, 30

24) MDR 1951, 53 mit zust. Anm. von Meister

25) Schönke-Schröder vertraten bis zur 9. A. (1959) diese Auffassung. RG 58, 33 ff., 34 nahm zwischen den Tatbeständen der §§ 271 u. 273 StGB die Konkurrenzform der straflosen Nachtat an (vgl. aber auch die Rechtsprechung im Lebensmittelrecht, unten Anm. 39)

bereits bei der Fälschung vorhanden gewesene Absicht verwirklicht und aus dem Umstand, daß ein Täuschungserfolg beim Gebrauch nicht eintreten muß, folgerte Sax, daß die schon mit der Fälschung bewirkte Rechtsgutsgefährdung bzw. -verletzung durch den Gebrauch nicht vergrößert wird. Der Unrechtsgehalt der Ausnutzungshandlung sei in dem Unrechtsgehalt der Vorbereitungshandlung, die die Ausnutzungshandlung "in der sie antizipierenden Form" der Ausnutzungsabsicht schon berücksichtigt, enthalten²⁹⁾. Nur so erkläre sich auch die Gleichheit der Strafdrohung: Der Gebrauch sei in Form der Gebrauchsabsicht bei der Fälschung bereits mitbestraft.

Sax betonte damit - wie der BGH und Schröder - den durch den Täterwillen begründeten Zusammenhang zwischen den beiden Begehungsformen. Er leitete daraus jedoch - im Gegensatz zu Schröder und dem BGH - nicht eine tatbestandliche Einheit beider Modalitäten, sondern die Aufzehrung der zweiten durch die erste Begehungsform ab.

Schließlich wird von Häussling³⁰⁾, Hartung³¹⁾, Honig³²⁾, Jagusch³³⁾, Nagler³⁴⁾, Niese³⁵⁾, Sax³⁶⁾, Schneidewin³⁷⁾ und Welzel³⁸⁾ der Schwerpunkt der Straftat des sein Fälsifikat gebrauchenden Fälschers im Gebrauch gesehen³⁹⁾.

26) a.a.O. S.207 Anm.338

27) MDR 1951,588 f.

28) JZ 1963, S.69 Anm.4

29) Ähnlich in der Begründung desselben Ergebnisses auch Schönke-Schröder, 9.A./1959, § 267 Anm.VI 6

30) JZ 63,69 f.

31) Steuerstrafrecht, S.118 (§ 405 Anm.V 1 RAO)

32) Nachtat, S.47 f. Anm.3 (zu § 187 I, II E.1925)

33) LK II § 267 Anm.9,10

34) LK II 6., 7.A./1951 § 267 Anm.II 5, III 5, V

35) DRiZ 1951,177

36) lt. Häussling JZ 63, S.69 Anm.4

37) Mat.I, 221 ff.

38) S.351

39) Auch das RG hat in vergleichbaren Fällen des Lebensmittelrechts - z.B. RGZ 25,101 ff., 102: Verfälschung von Nahrungsmitteln und anschließender Verkauf derselben, RG 72,276 ff., 280: Verbotenes Verschneiden von

Die Fälschungstat träte hinter die Gebrauchstat zurück, weil sie dasselbe Rechtsgut nur vorbereitend, weniger gefährlich angreife⁴⁰⁾. Da nach dieser Meinung durch die Strafe wegen des Gebrauchs auch das Fälschen gesühnt wird, nennen wir sie die Auffassung von der mitbestraften Vortat. Dieser Ausdruck ist bei Annahme einer Konsumtion⁴¹⁾ ebenso zulässig wie bei Annahme einer - stillschweigenden - Subsidiarität⁴²⁾.

Alle aufgezeigten Lösungsversuche haben eines gemeinsam: Der sein Falsifikat gebrauchende Fälscher soll - jedenfalls soweit dieser Gebrauch schon bei der Herstellung beabsichtigt war - nur einmal nach § 267 StGB bestraft werden können: Dem Staat wird nur eine Strafberechtigung zuerkannt. Der gesamte durch Fälschung und Gebrauch begründete Vorgang wird einheitlich bewertet: Der Täter hat sich nur wegen eines Verbrechens schuldig gemacht. Diese Bewertungseinheit, den Sachverhalt, der nur eine Strafberechtigung des Staates zur Folge hat, können wir deshalb eine Verbrechenseinheit nennen⁴³⁾.

Weinen und Veräußerung des Verschnitts - nur wegen des Verwertungsaktes bestraft (vgl. aber auch die Rspr. zu §§ 271 und 273 StGB, oben Anm. 25).

40) Honig, Nachtat, S. 49; Niese a.a.O. S. 178; Schneidewin a.a.O. S. 225

41) So Jagusch a.a.O.; Nagler a.a. 6. und Welzel a.a.O.

42) So Häussling a.a.O.; Honig, Nachtat, S. 47 f.; Niese a.a.O.

43) So auch Geerds a.a.O. S. 149 f. - Die Bedenken Bindings (Handb. S. 522 f.) gegen die Gleichsetzung von Verbrechenseinheit und staatlichem Strafrecht können hier unbeachtet bleiben, da er unter Verbrechenseinheit die Einheit des Verbrechensfalles (a.a.O. S. 520), des historischen Ereignisses (s. a.a.O. S. 502) versteht.

Die Annahme dieser Verbrechenseinheit erkennen wir somit als gemeinsame Grundlage aller Lösungsversuche⁴⁴⁾.

B. Verbrechenseinheit - Tatbestandseinheit - Gesetzeskonkurrenz

Verbrechenseinheit nannten wir den Sachverhalt, der nur eine Strafberechtigung des Staates zur Folge hat.

Eine Strafberechtigung des Staates entsteht einmal dann, wenn rein formell nur ein einziger abstrakter besonderer Tatbestand (als Rechtsfolgevoraussetzung) erfüllt wurde^{45)45a)}. Der Dieb, der nur den Tatbestand des § 242 Abs.1 StGB verwirklicht hat, kann nur nach § 242 Abs.1 StGB bestraft werden. Wir nennen diese Verbrechenseinheit, bei der schon formell nur ein Tatbestand erfüllt ist, Tatbestandseinheit. Sie ist davon unabhängig, ob eine oder mehrere Handlungen im Tatbestand vertypt sind (Bsp.: mehraktige Delikte).

Der Staat hat aber auch dann nur eine Strafberechtigung, wenn der Täter zwar rein formell mehrere gesetzliche Tatbestände erfüllt hat, nach besonderen, noch zu erörternden Regeln aber ein gesetzlicher Tatbestand die anderen verdrängt und nur dieser Tatbestand auch materiell anwendbar

44) Das gilt auch für Maurach, der bei der mitbestraften Nachtat einen persönlichen Strafausschließungsgrund annimmt (AT S.659). Der Staat hat dann eine Strafberechtigung nur für die Vortat.

45) S. Geerds, S.160 f.; Oetker, S.282

45a) Wird derselbe Tatbestand gleichzeitig oder nacheinander mehrmals erfüllt, so ist eine konkrete Tatbestandsmehrheit gegeben, die zu gleichartiger Real- oder Ideal-konkurrenz führen kann.

bleibt⁴⁶⁾⁴⁷⁾. So hat derjenige, der unbefugt ein fremdes Kraftfahrzeug benutzt, durch die Betriebsmittelverwendung an sich auch den Tatbestand des § 242 Abs.1 StGB erfüllt; bestraft wird er jedoch nur nach § 248b Abs.1 StGB^{47a)}. Auch der Dieb, der nach dem Diebstahl dem Eigentümer gegenüber den Besitz des Diebesgutes ableugnet, wird nur nach § 242 Abs.1 bestraft, obwohl er auch den Tatbestand des § 263 Abs.1 erfüllt hat⁴⁸⁾.

Unsere Beispielsfälle zeigen, daß ein solches Zurdicktreten formell erfüllter Tatbestände davon unabhängig ist, ob diese Tatbestände durch eine Handlung (so bei den §§ 248b, 242 StGB) oder durch mehrere Handlungen (so bei den §§ 242, 263 StGB) erfüllt werden⁴⁹⁾⁵⁰⁾. So sind auch wie Honig⁵¹⁾ erstmals gezeigt hat - die noch zu erörternden Regeln, aus denen sich die Unanwendbarkeit der verdrängten, formell erfüllten Tatbestände ergibt, "vorbehaltlich der aus dem Wesen einzelner Auslegungsregeln selbst folgenden Einschränkungen"⁵²⁾ bei Handlungseinheit und Handlungsmehrheit die-

46) S. Frank § 73 Anm.2 c f (zur Konsumtion); Geerds, S.151, 166 f.; Oetker, S.282; Jescheck, ZStW 67,534; Schröder, MDR 50,399; Warda, S.89; Wertheimer, S.10,38 zu § 151.

47) Nach Klug (ZStW 68,412) können gesetzliche Tatbestände nur in den logischen Verhältnissen der Interferenz, der Subordination oder der Heterogenität stehen. Bei Identität ist nur ein Tatbestand gegeben, eine Konkurrenz mehrerer, formell anwendbarer Tatbestände deshalb ausgeschlossen.

47a) So die h.M., s.z.B. Maurach, BT S.254 (Fundstelle weiterer Zitate).

48) Zum sog. Sicherungsbetrug als straflose Nachtat s. Schröder, MDR 50,398 ff.

49) Das bestreiten auch Baumann (Lehrb. S.25 und MDR 59, 10 ff.) und Maurach (AT S.638 unter) nicht.

50) v. Liszt-Schmidt (S.338 ff.) behandeln deshalb die straflose Vor- und Nachtat als Fälle der Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit.

51) Nachtat S.11 ff.

52) Honig a.a.O.

selben⁵³⁾. Wenn deshalb heute noch verschiedentlich⁵⁴⁾ zwischen sog. Gesetzeskonkurrenz bei Handlungseinheit einerseits und strafloser Vor- bzw. Nachtat⁵⁵⁾ bei Handlungsmehrheit anderseits unterschieden wird, so hat das im wesentlichen historische Gründe und ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Denn während man schon früh die Möglichkeit einer sog. Gesetzeskonkurrenz bei Handlungseinheit erkannte⁵⁶⁾, findet sich - nach den Untersuchungen von Gelbert⁵⁷⁾ - im Schrifttum des gemeinen deutschen und preußischen Strafrechts noch kaum ein Hinweis auf die Möglichkeit einer Tatbestandsverdrängung bei Handlungsmehrheit⁵⁸⁾. Vor Honig kümmerte man sich nicht um das Verhältnis der nur scheinbaren Ideal- und Realkonkurrenz⁵⁹⁾ und konnte deshalb auch nicht entdecken, daß - abgesehen von der Zahl

-
- 53) So auch Geerds, S.163; Rittmann, S.13 f. Auch Baumann und Maurach begründen Gesetzeskonkurrenz und straflose Vor- bzw. Nachtat mit ähnlichen Wendungen: Verdrängung, Aufzehrung, Mitabgeltung (vgl. z.B. Maurach AT, S.636, 640 f. zur Gesetzeskonkurrenz, S.656 zu den mitbestraften Taten; Baumann, MDR 59,12 zu Gesetzeskonkurrenz und strafloser Nachtat.
- 54) So Baumann, Lehrb. S.525; Maurach, AT S.638f. Die terminologische Unterscheidung ist bei Baumann besonders unverständlich, da er die Gesetzeskonkurrenz bei Handlungseinheit und die straflose Nachtat gleich behandeln will (MDR 59,10 ff.; Lehrb. S.528)
- 55) Jagusch (LK C5 vor § 73) kritisiert diese Ausdrücke zu Recht; sie geben über den Grund des Rücktritts keinen Aufschluß.
- 56) Der Begriff der Gesetzeskonkurrenz bei Handlungseinheit findet sich z.B. schon bei Hälschner, Strafrecht I S.660 (über die frühere Rechtsentwicklung s. Rittmann S.2 f.). Er wurde so beibehalten z.B. von Binding Handb. S.33; Frank (§ 73 Anm. VII); Köhler (Grenzlinien S.41) und auch heute noch von Baumann und Maurach (s. Anm. 54).
- 57) S.2
- 58) Die Subsidiarität des Versuchs gegenüber der Vollendung war freilich schon anerkannt (vgl. z.B. Hälschner, System S.514 und Strafrecht I S.659).

der Handlungen - kein Unterschied in Voraussetzungen und Folgen zwischen der sog. Gesetzeskonkurrenz im bezeichneten Sinn und strafloser Vor- bzw. Nachtat besteht.

Daß bei der straflosen Vor- und Nachtat auch die realen Ereignisse, die die ausgeschlossenen Tatbestände erfüllen, für die strafrechtliche Wertung zurücktreten, ist nur eine Folge der Handlungsmehrheit und somit keine weitergehende Besonderheit der straflosen Vor- und Nachtat⁶⁰⁾. Bei Handlungseinheit wie bei Handlungsmehrheit ist der verdrängte Tatbestand nur für den Täter ausgeschlossen, dem auch der verdrängende Tatbestand zugerechnet wird. Die Beschränkung der staatlichen Strafberechtigung ist stets höchst-persönlich⁶¹⁾; der persönliche Strafausschluß wird bei Handlungsmehrheit, bei verschiedenen Tatkomplexen nur offensichtlicher.

Eine unterschiedliche Behandlung der scheinbaren Ideal- und der scheinbaren Realkonkurrenz ist somit nicht gerechtfertigt⁶²⁾⁶³⁾. Wir bezeichnen deshalb das Verhältnis, in

59) Beide Erscheinungen wurden getrennt bei § 73 und § 74 erörtert.

60) Vgl. aber M.E.Mayer, S.511

61) Allgemeine Meinung, vgl. z.B. Drechsler, S.55, Geerds, S.176. Rittmann (S.78) spricht deshalb von einer "täterbezogenen Wirkung". Maurach (AT S.639) übersieht, daß der Strafausschluß auch bei Handlungseinheit höchstpersönlich ist. Demselben Irrtum fällt Blei (Mezger-Blei I, S.273) zum Opfer, obwohl er richtigerweise die scheinbare Ideal- und Realkonkurrenz unter der gemeinsamen Bezeichnung der Gesetzeskonkurrenz erörtert (a.a.O.S.271 ff.).

62) So Geerds, S.153 ff., Gelbert, S.28 im Anschluß an Honig (Nachtat, S.11 ff.). Auch Baumann (MDR 50, 10 ff.) findet weder dogmatische noch praktische Bedenken.

63) Zu welchen Widersprüchen eine unberechtigte Unterscheidung führt, zeigt sich bei Maurach (AT). Wird der straflosen Vor- bzw. Nachtat auf S.638 noch eine Konsumtionswirkung zuerkannt, so wird diese Wirkung auf S.659 gerade geleugnet.

dem die mehreren formell erfüllten Tatbestände bei dieser weiteren Verbrechenseinheit⁶⁴⁾ stehen, einheitlich als Gesetzeskonkurrenz⁶⁵⁾⁶⁶⁾.

Als Ergebnis halten wir fest: Voraussetzung dieser weiteren Verbrechenseinheit ist die Erfüllung mehrerer, formell selbständiger Tatbestände und die Anwendbarkeit der Regeln über die Gesetzeskonkurrenz.

Andere Formen einer Verbrechenseinheit gibt es nicht. Damit wollen wir nicht in den Streit⁶⁷⁾ zwischen der Einheits- und Mehrheitstheorie bei § 73 StGB eingreifen und uns mit der Einheitstheorie anlegen. Auch die - heute vor allem von Baumann⁶⁸⁾, Blei⁶⁹⁾ und Maurach⁷⁰⁾ vertretene -

-
- 64) Gelbert (S.18 f.) bezeichnet nur die Tatbestandseinheit als Verbrechenseinheit. Ein sachlicher Unterschied zu der hier vertretenen Auffassung wird dadurch jedoch nicht begründet: Auch nach seiner Meinung werden Vor- und Nachtat durch die Bestrafung wegen der Haupttat mitabgegolten (S.X).
- 65) Nach Schmitt, S.45, und Warda (S.89 r.Sp.) ist die Zusammenfassung unter dieser Bezeichnung üblich. S.auch Drechsler, S.5.
- 66) Dieser Ausdruck, der das erste Mal von Merkel (Handb. Holtzend. S.225) gebraucht und seitdem oft kritisiert wurde (z.B. v.Liszt-Schmidt, S.343 Anm.2, Maurach, AT S.636, Warda, S.89 f.) ist - wie die meisten Bezeichnungen der Konkurrenzlehre - nicht sehr glücklich. Er ist jedoch nicht falsch, wenn man unter Konkurrenz den Wettbewerb um die Anwendung (so Hirschberg, S.37, H.Mayer, S.414 Anm.9, Rittmann, S.11) und nicht die konkurrierende Anwendung versteht. Die Anwendung dieser Bezeichnung ist dadurch gerechtfertigt, daß sich in der Praxis bisher noch kein besserer Ausdruck durchgesetzt hat.
- 67) Jescheck (S.533) bezeichnet ihn als "sachlich unbedeutend", ebenso Mezger-Blei, I, S.256
- 68) Lehrb. S.497
- 69) Mezger-Blei, I, S.255 f.
- 70) AT S.619 f.

Einheitstheorie leugnet nicht die durch die Mehrheit der Tatbestände und Rechtsgüter gegebene Wertungsmehrheit bei § 73 StGB⁷¹⁾. Wir aber nannten nur die Bewertungseinheit Verbrechenseinheit⁷²⁾, so daß wir bei Idealkonkurrenz von einer Verbrechensmehrheit sprechen müssen⁷³⁾.

C. Die Einordnung der Lösungsversuche

Wir hatten erkannt⁷⁴⁾, daß Geerds, Schmitt und Schröder bei § 267 StGB eine Tatbestandseinheit annehmen. Wir hatten gesehen⁷⁵⁾, daß der BGH von einer Verbrechenseinheit ausgeht. Der Tatsache, daß der BGH die Regeln über die Gesetzeskonkurrenz nicht prüft, ist zu entnehmen, daß er - wie Geerds, Schmitt und Schröder - § 267 StGB als einen formell einheitlichen Tatbestand betrachtet⁷⁶⁾⁷⁷⁾.

71) Maurach a.a.O. S.619. Baumann (a.a.O. S.497) spricht von mehreren Farben, Blei (a.a.O. §.256) von verschiedenen Beurteilungen.

72) S.o. S.6

73) Vgl. im Gegensatz dazu Baumann, a.a.O.S.497: eine Tat = ein Delikt = ein Verbrechen. Dieser Verbrechensbegriff betrifft die äußerliche Erscheinung und ist von unserem wohl zu unterscheiden.

74) Oben S. 3 f.

75) Vgl. oben S.6 f.

76) So versteht ihn auch Schröder (§ 267 Rdn.79), der sich der Rechtsprechung des BGH anschließt.

77) Vgl. auch BGH 11,145 ff.,146 f. zu § 239 Abs.1 Nr.1 KO: Wer, nachdem er beiseite geschafft hat, verheimlicht, begeht nur "ein (einheitliches) Verbrechen". Es handelt sich um zwei "Begehungsformen innerhalb desselben Konkurstatbestandes". (Unterstreichungen vom Verfasser). Zur Begründung wird jedoch auf eine Entscheidung des RG zur straflosen Nachtat verwiesen.

Die Auffassungen von der straflosen Vor- und Nachtat begründen die Annahme einer Verbrechenseinheit mit dem Rücktritt der einen Begehungsform hinter die andere, mit einer Verdrängung der einen durch die andere. Sie gehen somit von der grundsätzlichen Selbständigkeit der Begehungsformen, von einer formellen Tatbestandsmehrheit bei § 267 StGB aus und können deshalb nur über die (Verdrängungs-) Regeln der Gesetzeskonkurrenz zu einer Verbrechenseinheit kommen.

Die Lösungsversuche zu dem durch § 267 StGB aufgestellten Problem können wir nun in zwei Gruppen einteilen. Die einen behaupten eine Tatbestandseinheit bei § 267 StGB, die anderen eine Tatbestandsmehrheit und die Anwendbarkeit der Regeln über die Gesetzeskonkurrenz.

D. Die Kritik an den Lösungsversuchen

I. Die Annahme einer Tatbestandseinheit bei § 267 StGB

Der BGH sprach von einem "Fall der fortgesetzten Handlung" bei § 267⁷⁸⁾. Nach der Meinung von Schröder⁷⁹⁾ und der Rechtsprechung des BGH⁸⁰⁾ wird die mit dem Fälschen rechtlich vollendete Straftat durch den Gebrauch tatsächlich beendet. Wir wollen deshalb untersuchen, ob die Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges, ob die Verwendung des Begriffspaares Vollendung und Beendigung bei § 267 StGB möglich ist und ob damit die Annahme einer Tatbestandseinheit begründet werden kann.

1. Der Fortsetzungszusammenhang

Die Konstruktion eines Fortsetzungszusammenhanges setzt nach allgemeiner Meinung⁸¹⁾ die Gleichartigkeit der Handlung, des tatsächlichen Vorganges voraus; mehrere gleichartige Angriffe gegen dasselbe Rechtsgut sollen zu einer Handlungseinheit zusammengefaßt werden. Man spricht von einer Tatwiederholung⁸²⁾.

§ 267 StGB soll den der Rechtsgemeinschaft erwünschten Zustand der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs gegen typische Angriffe schützen⁸³⁾. Dieser Zweck⁸⁴⁾ liegt allen Modalitäten des § 267 zugrunde. Hinter allen Modalitäten steht dasselbe Gefährdungsverbot, dieselbe sozialethische Unterlassungspflicht;⁸⁵⁾ der Täter jeder Modalität offen-

78) S.Anm.10

79) S.Anm.13; ebenso Welzel, S.351 (materielle Vollendung), der jedoch a.a.O. Konsumtion der ersten durch die zweite Alternative annimmt.

80) S. Anm.7

81) Vgl. z.B. Geerds, S.301, 306 ff., Maurach, AT S.632, Schönke-Schröder § 73 Vorbem.Rdn.22, RG JW 1930, 3413 f.

82) Geerds S.297

83) Schönke-Schröder § 267 Rdn.1

84) Honig, Einwilligung, S.94

bart die gleiche gemeinschaftsfeindliche Gesinnung. Somit brauchen wir uns nicht zwischen dem Rechtspflichtbegriff und dem formellen oder materiellen Rechtsgutsbegriff zu entscheiden. Der Einfachheit halber sprechen wir deshalb im folgenden vom Rechtsgut des § 267 StGB.

Wer eine falsche Urkunde in Täuschungsabsicht und damit in Gebrauchsabsicht herstellt⁸⁶⁾ und sie später gebraucht, greift mit zwei verschiedenen Handlungen dasselbe Rechtsgut aus derselben Richtung an: Der erste Akt bereitet den zweiten vor, der zweite nutzt den ersten aus. Das äußere Erscheinungsbild der Vorbereitungstat ist notwendigerweise ein anderes als das der Verwertungshandlung. Bei dieser Tatfortführung⁸²⁾ fehlt es deshalb an den Voraussetzungen eines Fortsetzungszusammenhanges⁸⁷⁾.

2. Die Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung und der Begriff der Tatbestandseinheit.

Die Unterscheidung zwischen juristischer Vollendung und tatsächlicher Beendigung traf man zuerst beim Dauerdelikt; mit der Begründung des rechtswidrigen Zustandes war das Delikt vollendet, mit der Aufhebung dieses strafrechtlich bedeutsamen Dauerzustandes beendet⁸⁸⁾. Später verwendete man dieses Begriffspaar auch in den Fällen der sog. "natürlichen Handlungseinheit", beispielsweise bei der Schlägerei, beim Zweikampf, bei der Landstreicherei, bei der Unzucht, insbesondere aber bei den sog. "Sammelstraftaten",

85) S. Schaffstein, DStR 1935, S. 105; Welzel, S. 4 ff.

86) Gleiches gilt bei der Verfälschung einer echten Urkunde.

87) So auch Niese, DRiZ 1951, S. 177; a.A. aber offensichtlich der BGH a.a.O.

88) So schon das königlich-preußische Obertribunal (s. GA 7, 319): "vollbracht" - "vollendet".

den gewerbs-, geschäfts- und gewohnheitsmäßigen Delikten, die man damals noch als Handlungseinheiten behandelte⁸⁹⁾. Schließlich wurde bei allen Zeitspannendelikten⁹⁰⁾ mit einem entwicklungsfähigen Erfolg, z.B. beim Betrug⁹¹⁾, bei der Brandstiftung⁹²⁾, der Bauwerkzerstörung⁹³⁾, bei der Unfallflucht⁹⁴⁾, zwischen Vollendung und Beendigung unterschieden.

Der Vorteil des Betrügers ist die Kehrseite des Schadens beim Betrogenen: Vergrößert sich der Schaden, so wächst der Vorteil. Mit Eintritt des vollen Schadens hat der Betrüger seine Bereicherungsabsicht realisiert. Der Ausdruck Beendigung konnte deshalb nicht nur beim Eintritt des vollen Schadens, sondern auch bei der Absichtsverwirklichung gebraucht werden. Es lag nahe, dies bei allen Delikten mit "überschießender Innentendenz" zu tun⁹⁵⁾.

Bei den Delikten mit überschießender Innentendenz richtet sich der Wille des Täters auf eine Außenweltsveränderung, die zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes dieser Delikte nicht erforderlich ist. Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden:

89) S. zum Dauerdelikt, zur Sammelstraftat und zum Tatbestand "mit Handlungseinheit" insbes. König a.a.O.

90) König, S. 5

91) Vermögensgefährdung - wachsender Vermögensschaden (s. König, S. 37 ff., Mezger, JW 38, S. 493 ff., RG in ständiger Rspr., z.B. RG JW 1928, 1598 f.)

92) Inbrandsetzung - endgültige Vernichtung (s. Bruns DR 1943, 903 - Anm. zu LG Mühlhausen i.E. -, OLG Hamm JZ 61, 94 mit zust. Anm. von Stratenwerth, vgl. aber RG 71, 193 ff., 194.

93) Teilweise - völlige Zerstörung (OGHSt 2, 209 ff., 210 f.)

94) BGH VRS 16, 267

95) So z.B. Gelbert, DStR 1943, 4, Maurach, AT S. 569, Schönke-Schröder, Rdn. 2 vor § 43, Welzel, S. 167, BGH LM 263 Nr. 6

- (1) Die tatbestandsmäßige Handlung führt zugleich mit dem tatbestandsmäßigen Erfolg auch die vom Täter beabsichtigte Außenweltsveränderung herbei. Beispiele sind Betrug (s.o.) und Diebstahl, soweit man unter Zueignung die Betätigung der Zueignungsabsicht in objektiv erkennbarer Weise, die Wegnahme, versteht⁹⁶⁾.
- (2) Mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges ist die vom Täter gewollte Außenwirkung noch nicht eingetreten. Die vom objektiven Tatbestand geforderte Erfolgsverwirklichung ist erst die Voraussetzung zum Eintritt des beabsichtigten weiteren Erfolges. Zu dieser Gruppe gehört die Urkundenfälschung. Der Tatbestand ist vollendet mit der Fälschung in Täuschungs-, d.h. in Gebrauchsabsicht. Zur Täuschung, zum Gebrauch sind jedoch weitere Handlungen des Fälschers erforderlich.

Da bei dieser zweiten Gruppe tatbestandsmäßiger Erfolg und beabsichtigter Mehrerfolg zeitlich auseinanderfallen, versagt die auf S.16 gegebene Begründung für die Annahme der Beendigung im Zeitpunkt der Absichtsverwirklichung.

Wenn wir bisher vom "Erfolg" sprachen, verstanden wir darunter eine raum-zeitliche Veränderung in der Außenwelt. Soweit diese Außenweltsveränderung entwicklungsfähig war, d.h. soweit sie sich innerhalb einer gewissen Zeitspanne erweiterte, unterschieden wir zwischen Vollendung (Anfang der Außenweltsveränderung) und Beendigung (Ende ihrer Entwicklung).

Nun sind jedoch die einzelnen Tatbestände der Ausdruck einer Wertung des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber hat an die

96) So Drechsler, S.39; Honig, Nachtat S.100; Jagusch, LK 242 Anm.I und.III2; Schönke-Schröder, § 242 Rdn.61; Sauer, GA 63,289; Welzel, S.294, 296

beschriebenen Außenweltsveränderungen die Straffolge geknüpft, weil ihm die durch diese Außenweltsveränderungen gefährdeten oder verletzten Güter besonders wertvoll erscheinen. Die Frage nach der Gefährdung oder Verletzung dieser dem Gesetzgeber wesentlichen Rechtsgüter erweist sich somit als die eigentliche Kernfrage strafrechtlicher Subsumtion. Die Tatbestände enthalten Vertypungen besonderer Angriffsarten auf diese Rechtsgüter, die im Tatbestand beschriebenen Außenweltsveränderungen zeigen die Rechtsgutsverletzung an. In dieser teleologischen Dimension stellt sich somit der Erfolg als Rechtsgutsverletzung dar⁹⁷⁾.

Da die tatbestandliche Außenweltsveränderung die Rechtsgutsverletzung nur indizieren soll, braucht die letztere mit der ersteren noch nicht abgeschlossen zu sein; sie kann auch über den Eintritt einer nicht entwicklungsfähigen Veränderung in der Außenwelt hinaus intensiviert werden. Hat der Fälscher das Falsifikat hergestellt, so ist eine zur Vollendung eines Deliktes nach § 267 StGB ausreichende Außenweltsveränderung eingetreten. Diese Außenweltsveränderung ist als solche in sich abgeschlossen und nicht mehr entwicklungsfähig. Gebraucht nun der Fälscher sein Falsifikat, so tritt damit ein neuer, selbständiger Außenweltserfolg ein, der den ersten nicht entwicklungsfähigen unberührt läßt. Mit beiden Erfolgen ist aber nur dasselbe Rechtsgut des § 267 StGB zu verschiedenen Zeiten verletzt worden, durch den zweiten Außenweltserfolg wurde die schon erfolgte Gefährdung des Rechtsguts nur intensiviert⁹⁸⁾.

97) Vgl. dazu und zum Vorausgehenden Wolf, Typen, insbes. S. 35

98) Ähnlich ist es bei § 331 StGB. Hat der von einem Beamten zur Vorteilsgewährung Aufgeforderte von der Forderung Kenntnis genommen, so ist die zur Vollendung erforderliche Außenweltsveränderung eingetreten. Die eingetretene Rechtsgutsverletzung wird durch die Annahme des geforderten Vorteils ausgebaut.

So zieht jede Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung einen Schweif hinter sich her, der über die erste tatbestandsmäßige Außenweltsveränderung hinausreicht. Erfüllen die weiteren empirischen Erfolge, die diese Rechtsverletzung nur intensivieren, denselben Tatbestand, dann handelt es sich um ein Zeitspannendelikt, dessen Erfolg in einer teleologischen Dimensionentwicklungsfähig ist. Nichts hindert uns dann, die bei Zeitspannendelikten übliche Terminologie zu verwenden, von Vollendung beim Beginn der Rechtsgutsverletzung, von Beendigung bei Abschluß derselben zu sprechen⁹⁹⁾.

Vollendung und Beendigung sind somit verschiedene Entwicklungsstadien einer Rechtslageänderung innerhalb eines Tatbestandes¹⁰⁰⁾. § 267 StGB wäre deshalb ein Zeitspannendelikt, wenn sich alle Modalitäten zu einem Tatbestand zusammenfassen ließen. Die Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung knüpft an eine Tatbestandseinheit an, die wir erst nachweisen müssen; sie ist zur Begründung einer Tatbestandseinheit ungeeignet^{100a)}.

99) So seit BGH LM 263 Nr.6 die ständige Rspr. des BGH zu § 267 StGB, ebenso BGH 10,237 ff., 243 zu § 331 StGB (s. die vorstehende Anmerkung). S. Gelbert, DStR 43,2 f., Stratenwerth, JZ 61,97: "Die materielle Vollendung ... umfaßt den in der Schutzrichtung des jeweiligen Tatbestandes liegenden Erfolg insoweit, als dessen Verwirklichung dem Täterplan entspricht" (Unterstreichungen vom Verf.).

100) So auch Gelbert, Nachtat, S. 18, DStR 43,1 ff. Es genügt deshalb nicht, daß die späteren Handlungen nur "noch den Stempel des Tatbestandes tragen" (Beling, L.v.V.S. 247). Der Täter muß sich vielmehr "in einer dem Tatbestand typischen Weise" verhalten (Gelbert, DStR 43,3).

100a) So auch Sax, MDR 51,590 r.Sp.

3. Die Unterscheidung zwischen kumulativen und alternativen Mischgesetzen

§ 267 enthält mehrere Modalitäten: Das Herstellen einer unechten Urkunde, das Verfälschen einer echten Urkunde und das Gebrauchen einer unechten oder einer verfälschten Urkunde. Allen Modalitäten folgt dieselbe Strafdrohung. Das ist jedoch keine Besonderheit im Strafrecht; bei vielen strafrechtlichen Paragraphen ist an verschiedenartige Modalitäten der Ausführung¹⁰¹⁾, des Ausführungsmittels¹⁰²⁾, des handelnden Subjekts¹⁰³⁾, des betroffenen Objekts¹⁰⁴⁾ usw. dieselbe Strafdrohung geknüpft¹⁰⁵⁾ 106).

Bei all diesen Paragraphen stellt sich die gleiche Frage: Begründet die Mehrheit der Modalitäten eine Mehrheit von Tatbeständen oder handelt es sich um einen einheitlichen Tatbestand, der nur auf verschiedene Weise erfüllt werden kann.

Binding war der erste, der sich diesen "Mischgesetzen", wie er sie nannte, annahm¹⁰⁷⁾. Er meinte, daß viele dieser Paragraphen nur eine willkürliche und äußerliche Aneinanderreihung verschiedener normwidriger Handlungen enthalten¹⁰⁷⁾. Er entdeckte, daß "die richtige Erkenntnis der Mischgesetze ... für die Lehre von der Konkurrenz von Wichtigkeit" ist¹⁰⁸⁾. Bei der Verwirklichung mehrerer Alternativen dieser Mischgesetze liege "zweifelloso eine Mehrheit von Delikten vor. Diese" müsse "aber zugleich als Mehrheit von Verbrechen gefaßt werden, wenn der Gesetzgeber nicht

101) Z.B. §§ 259, 263 StGB

102) Z.B. §§ 223a, 234a StGB

103) Z.B. §§ 334 Abs.1, 356 Abs.1 StGB

104) Z.B. §§ 96 Abs.1 Nr.2, 133 Abs.1 StGB

105) Vgl. insbesondere die Übertretungsparagraphen 360 ff. StGB

106) In diesen Zusammenhang gehören auch die durch mehrere Qualifikationsgründe modifizierten Grundtatbestände, z.B. die §§ 243, 250 StGB (s.dazu Kühler, Grenzlinien S.58, Wertheimer, S.14)

107) Normen I, S.205 ff. 108) a.a.O. S.209

nachweislich die eine Strafdrohung auch für den Fall des Zusammentreffens mehrerer alternativ bedrohter Tatbestände als ausreichend betrachtet. Solche Gleichgültigkeit des Gesetzes gegen Delikts-Einheit oder -Mehrheit sei "allerdings nicht ganz selten"¹⁰⁸⁾; dann würden sich die im Gesetz erwähnten Fälle "gleichmäßig ... als Mittel der Verwirklichung" "des umfassenden Verbrechensbegriffs" darstellen¹⁰⁹⁾.

Damit unterschied Binding zwischen dem Mischgesetz, dem ein einheitlicher Verbrechensbegriff zugrunde liegt, und demjenigen, dem eine solche Verbindung seiner Modalitäten fehlt.

Auch Wertheimer, der die bisher ausführlichste Arbeit über die Mischgesetze verfaßt hat, teilte diese Gesetze ein in solche, bei denen "die Verschiedenheit der Handlung und der begleitenden Umstände an der Einheitlichkeit des Deliktes nichts zu ändern vermag" und in andere, die "kein einheitliches Verbrechen, sondern mehrere, von dem Gesetzgeber aus irgendwelchen Gründen zusammengefaßten Delikte enthalten";¹¹⁰⁾ die ersten nannte er alternative Mischgesetze, die anderen kumulative Mischgesetze. Wertheimer wählte seine Bezeichnungen mit Rücksicht auf die praktischen Folgen der Unterscheidung¹¹¹⁾. Das alternative Mischgesetz enthalte nur einen einzigen gesetzlichen Tatbestand, so daß eine Konkurrenz, also auch eine Gesetzeskonkurrenz mehrerer Tatbestände nicht möglich sei¹¹²⁾; konkurrieren könnten nur

109) Handbuch, S.561

110) a.a.O. S.3

111) S.3 Anm.1

112) S.13 f. in seiner Kritik an Köhler, der, obwohl er die Tatbestandseinheit und die Unmöglichkeit einer Gesetzeskonkurrenz bei den alternativen Mischgesetzen anerkennt (Grenzlinien, S.55), mißverständlich von einer "Art von Gesetzeskonkurrenz" zwischen "mehreren unselbständigen ... Tatbeständen" spricht (a.a.O.S.58) Wie Wertheimer auch Binding, Handb.S.561 und RG 2, 337 ff., 340 (freilich am ungeeigneten § 239 KO - vgl. Schwarz-Dreher 239 Anm.5-), vgl. aber RG 6,94 ff., 97 f.

mehrere, kumulierte Verbrechenstatbestände¹¹³⁾¹¹⁴⁾.
Eine alternative Fragestellung an die Geschworenen¹¹⁵⁾
und eine alternative (Wahl-)Feststellung sei nur bei
den Alternativgesetzen zulässig¹¹⁶⁾.

Daraus ergibt sich: Als alternatives Mischgesetz bezeichnet er das Gesetz mit nur einem Tatbestand, als kumulatives dasjenige mit mehreren Tatbeständen.

Seit Binding ist man sich über die Existenz¹¹⁷⁾ dieser verschiedenen Mischgesetze einig.

113) Wertheimer, S.10, S.39 zu § 164 StGB, insbesondere S.65 zu § 324 StGB, der dem § 267 StGB entspricht. Ebenso Beling, L.v.V. S.211 f. (§ 243 StGB sei ein kumulatives Mischgesetz, deshalb bestehe Idealkonkurrenz), RG 7,229 ff., 231 und RG 10,22 ff., 24,26 (Eigennützige und gewohnheitsmäßige Kuppelerei enthielten zwei selbständige Tatbestände, deshalb konkurrierten sie untereinander ideal).

114) Bei vielen Autoren ist freilich nicht erkennbar, ob zwischen mehreren Modalitäten Gesetzeskonkurrenz oder Tatbestandseinheit angenommen wird (vgl. z.B. die bei Olshausen I 11. Aufl. § 73 Anm.21a als Vertreter der G.M. Zitierten).

115) S.dazu Oetker, S.275 ff.

116) Wertheimer S.18, heute noch Heinitz, JZ 52,102, E.Schmidt, StPO II § 244 Rdn.17, das RG (z.B. RG 35, 299 ff.) bis RG 68,257 ff.. Vgl. aber auch RG GA 40, 44 ff., 45 (vor RG 68,257 ff.): "Da die Möglichkeit einer idealen Konkurrenz ... anerkannt werden muß, war es ... unbedenklich zulässig, die Tatbestandsmerkmale beider Tatsachen in die eine" (ergänze: alternative) "Frage aufzunehmen".

117) Nicht jedoch über die Terminologie. Oetker (S.278) sprach von Misch- und Alternativtatbeständen, M.E.Mayer (AT S.123) von Mischtatbeständen mit kumulativ oder alternativ verbundenem Erfolg und Köhler (Strafrecht, S.187) von selbständigen und unselbständigen Mischtatbeständen. Wir verwenden die Terminologie von Wertheimer (s.o. S.21). Das Beiwort "kumulativ" bezeichnet am besten die Tatbestandsmehrheit, die nicht nur bei mehreren Erfolgen (vgl. die Bezeichnungen M.E.Mayers) möglich ist. Durch das Beiwort "alternativ" soll darauf hingewiesen werden, daß es sich nur um mehrere Alternativen desselben Tatbestandes handelt.

Nur Maurach¹¹⁸⁾ bestreitet noch die Notwendigkeit ihrer Unterscheidung. Er hält diese Unterscheidung für "praktisch unergiebig" und will bei mehreren Modalitäten stets Gesetzeskonkurrenz annehmen. Maurach übersieht, daß die mehreren Modalitäten eines kumulativen Mischgesetzes durchaus nicht immer im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz stehen, man denke nur an die Übertretungsparagraphen. Andererseits erübrigt sich jede Konkurrenzerörterung bei den alternativen Mischgesetzen. Die Unterscheidung ist deshalb auch von praktischem Nutzen.

Über geeignete Unterscheidungskriterien konnte man jedoch noch keine Einigung erzielen. An Vorschlägen¹¹⁹⁾ fehlte es nicht, doch wurden entsprechende Begründungen nur selten erbracht. Viele Ordnungsschemen scheiterten an der Menge und Vielgestaltigkeit des zu ordnenden Stoffes, an der Vielzahl und Eigenartigkeit der gesetzlichen Tatbestände, die eine konsequente Anwendung der angenommenen Kriterien unmöglich erscheinen ließen¹²⁰⁾.

a) Die Unterscheidungsmerkmale

Am Beispiel des § 267 StGB wollen wir untersuchen, wann trotz Verschiedenheit der gesetzlichen Tatumstände nur ein Tatbestand gegeben ist.

(1) Die Vorschläge von Lehre und Rechtsprechung

Doch bevor wir eine eigene Lösung versuchen, wollen wir sehen, ob nicht schon die von Lehre und Rechtsprechung angebotenen Unterscheidungsmerkmale eine uns befriedigende Antwort ermöglichen. Vorweg sind zwei völlig unbrauch-

118) AT, S. 203

119) Vgl. z. B. Köhler, Grenzzlinien, S. 56, Wertheimer, S. 7

120) So Wertheimer, S. 7, 24 ff. S. auch M. E. Mayer, AT, S. 125, Mezger-Blei I, S. 101 unten.

bare Anhaltspunkte, die in der Literatur immer wieder auftauchen¹²¹⁾, auszuschneiden: das praktische Bedürfnis und die Verwandtschaft der Tatumstände.

(a) Das praktische Bedürfnis

Ein praktisches Bedürfnis zur Annahme eines alternativen Mischgesetzes kann sich ergeben

erstens aus der Schwierigkeit der begrifflichen Abgrenzung mehrerer Tatumstände voneinander¹²²⁾,

zweitens aus der Schwierigkeit des Beweises, welcher von mehreren Tatumständen verwirklicht wurde¹²³⁾ und

drittens aus der Tatsache, daß mehrere Tatumstände regelmäßig zusammen verwirklicht werden¹²⁴⁾.

Diese Bedürfnisse knüpfen an die Folgen der Unterscheidung zwischen dem alternativen und dem kumulativen Mischgesetz an und sind auf eine Arbeitersparung des Rechtsfinders gerichtet. In den ersten beiden Fällen soll die genaue Feststellung des vom Täter verwirklichten Tatumstandes, im letzten Fall die Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses überflüssig werden.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung darüber, daß ein solches Trägheitsbedürfnis nicht die Annahme eines alternati-

121) S. Anm.122, 123, 124 und 129

122) So Olshausen II § 223 Anm.7, s. auch Wertheimer, S.48 zu § 223 und S.41 f. zu § 174

123) So Wertheimer, S.28 zu § 103a a.F., S.32 zu § 113, s.auch v.Kries, S.591 (Allerdings am untauglichen Beispiel des § 259 StGB: Die Wendung "oder den Umständen nach annehmen mußte" begründet weder ein Merkmal des objektiven noch eines des subjektiven Tatbestandes, regelt vielmehr nur die Beweisfrage. S.dazu Schönke-Schröder, § 267 Rdn. 49 f.).

124) So Wertheimer, S.26 zu § 88 a.F., S.28 zu § 103a a.F., S.56 zu § 260.

ven Mischgesetzes rechtfertigen kann¹²⁵⁾.

Doch eine Schwierigkeit, die zu diesem Bedürfnis führt, verdient schon an dieser Stelle Beachtung; es ist die Schwierigkeit der begrifflichen Abgrenzung. Sie ist nicht im konkreten Geschehen, sondern in der abstrakten Fassung des Gesetzes, schließlich also in der Leistung des Gesetzgebers begründet. Deshalb ist es wohl möglich, daß der Begriff, der den vom Gesetzgeber verwendeten Worten entspricht, ein einheitlicher ist und daß der ganze Umfang dieses Begriffes der gesetzlichen Regelung zugrunde liegt. Dann ist dieser Begriff, für den vielleicht kein Einzelwort gefunden werden konnte¹²⁶⁾, Tatbestandsmerkmal und es ist nur ein einheitlicher Tatbestand gegeben¹²⁷⁾.

(b) Die Verwandtschaft der Tatbestände

Plastischer als Beling¹²⁸⁾ vermag man kaum darzustellen, weshalb die Verwandtschaft der Tatbestände die Annahme eines alternativen Mischgesetzes nicht rechtfertigen kann¹²⁹⁾: "Wie Vater und Sohn oder Bruder und Bruder selb-

125) Seit RG 68,257 ff. besteht auch nicht mehr die Gefahr, daß der Täter wegen Beweisschwierigkeiten zwischen mehreren Modalitäten freigesprochen werden muß, da seitdem die Wahlfeststellung nicht nur beim alternativen Mischgesetz für zulässig gehalten wird (vgl. Anm. 116).

126) S. Wertheimer, S.29 zu § 104 StGB a.F. (Dort wurde "der Geschäftsträger neben dem Gesandten offenbar nur aus sprachlichen Rücksichten genannt, weil beide Arten von Vertretern eines Staates keine gemeinschaftliche Bezeichnung haben" Vgl. damit § 103 StGB n.F., der zusammenfassend von einem "beglaubigten Leiter einer ausländischen diplomatischen Vertretung" spricht.

127) Näheres dazu s.unten S. 37 f.

128) L.v.V. S.278 f.

129) So auch M.E.Mayer, S.125, Rosenfeld, S.135; a.A. Köhler, Grenzlinien, S.57 (im Abschnitt über die "Konkurrenz unselbständiger Tatbestände", vgl.oben Anm.112); vgl. auch v.Kries, S.591.

ständige Persönlichkeiten sind trotz des gleichen Geblüts, so steht auch die innere Verwandtschaft der Tatbestände ihrer individuellen Ausprägung nicht entgegen". Gerade die Verwandtschaft setzt im Gegensatz zur Identität eine Individualität und daher eine Mehrheit von Tatbeständen voraus. Ganz in Übereinstimmung damit erkennt Wertheimer,¹³⁰⁾ daß die Verwandtschaft der Tatbestände den Gesetzgeber zur Bildung kumulativer Mischgesetze anregt.

Die Auffassung von der Tatbestandseinheit bei § 267 StGB berücksichtigt gewisse Eigentümlichkeiten dieses Paragraphen: die äußerliche Einheitlichkeit des Paragraphen, die Gleichheit der Strafdrohung, die Gemeinsamkeit der Bezeichnung als Urkundenfälschung, die Identität des Rechtsguts, die (scheinbare) Gleichheit des abstrakten Angriffsobjekts und der Absicht. Sie werden als Merkmale eines alternativen Mischgesetzes bezeichnet. Ihre Tauglichkeit wollen wir prüfen.

(c) Die äußerliche Einheitlichkeit des Paragraphen

Bei der Vielzahl der kumulativen Mischgesetze (s.z.B. die Übertretungsparagraphen) erscheint es schon zweifelhaft, ob bei einer äußerlichen Zusammenfassung auch nur eine Vermutung dafür aufgestellt werden kann, daß es sich um einen einheitlichen Tatbestand handelt¹³¹⁾. Aus der Existenz der kumulativen Mischgesetze kann jedenfalls mit Sicherheit geschlossen werden, daß die bloß äußerliche Einheit des Paragraphen die Annahme einer Tatbestandseinheit

130) S.5

131) So aber Köhler, Grenzlinien, S.56

nicht begründen kann¹³²⁾.

- (d) Die Einheitlichkeit der Strafdrohung.
Die Gleichwertigkeit der Deliktsmerkmale.
Die ausdrückliche Gleichachtung.

Allen Modalitäten des § 267 StGB folgt dieselbe Strafdrohung¹³³⁾. Die sprachliche Einheitlichkeit der Strafdrohung ist jedem Mischgesetz, dem alternativen und dem kumulativen, eigentümlich. Sie kann deshalb kein Unterscheidungsmerkmal sein¹³⁴⁾.

Nun wird von Wertheimer¹³⁵⁾ Tatbestandseinheit dann angenommen, wenn die Deliktsmerkmale dem Gesetz gleichwertig sind; das Gesetz wolle dann nicht zwei Tatbestände aufstellen¹³⁶⁾. Dann sei es sogar unbeachtlich, daß die gleichwertigen Modalitäten verschiedene Handlungen darstellen¹³⁷⁾ und einen "gänzlich verschiedenen" Vorsatz voraussetzen.¹³⁸⁾¹³⁹⁾

132) So auch Beling, L.v.V. S.271, Oetker, S.277 f., RG 7, 229 ff., 231, RG 8, 149 ff., 151, RG 12, 379 ff. (380), RG 19, 401, RG 32, 85 ff., 86, RG GA 52, 244. Auch RG Rspr. 4, 62 f. steht dem nicht entgegen, da aus der Einordnung unter die gleiche Nummer des § 274 StGB nur die nach Ansicht des RG für § 265 StPO erforderliche Gleichwertigkeit, nicht aber eine Tatbestandseinheit gefolgert wird. Bedenklich deshalb die Bezugnahme Wertheimers (S.59) auf dieses Urteil zur Begründung seiner Annahme eines alternativen Mischgesetzes.

133) Schneidewin (S.226) hält das für einen Fehler des Gesetzes.

134) So auch Beling, L.v.V. S.271, Wertheimer S.6, Wolf S.47, RG 8, 149 ff., 152, RG 12, 379 ff., 380, der Reichsanwalt in RG 35, 357 ff., 359 f.

135) S.4 (allerdings am untauglichen § 259 StGB, s.o. Anm.123), S.25 zu § 80 a.F., S.26 zu § 88 a.F., S.28 zu § 102 a.F., S.37 zu § 149 usw.

136) S.54 zu § 253, S.60 zu § 239 KO, S.64 zu § 315 a.F.

137) S.56 zu § 259, S.60 zu § 239 KO

138) S.54 zu § 253, S.53 zu § 251, S.58 zu § 267 a.F., S.60 zu § 239 KO

Daß dem Gesetz mehrere Deliktsmerkmale gleichwertig sind, kann Wertheimer nur daraus schließen, daß diese Merkmale vom Gesetz als gleich strafwürdig behandelt werden¹⁴⁰⁾, mit derselben Strafdrohung verbunden sind¹⁴¹⁾. Insoweit kann die Strafdrohung den Tatbestand charakterisieren¹⁴²⁾. Wenn aber die Identität der Strafdrohung die Annahme einer Tatbestandseinheit¹⁴³⁾ nicht begründen kann, so kann das ebensowenig die allein aus dieser Identität abgeleitete Gleichwertigkeit der Deliktsmerkmale¹⁴⁴⁾.

An dieser Stelle sei ein Exkurs gestattet. Manchmal hat der Gesetzgeber die Modalitäten nicht in einem Paragraphen zusammengefaßt, sondern sie auf mehrere verteilt und angeordnet, daß diese Modalitäten einander gleichgeachtet werden sollen. Vor der Verordnung von 1943 bestand ein solches Verhältnis zwischen den §§ 267 und 269 StGB einerseits und zwischen den §§ 267 und 270 StGB andererseits. Einmal wurde die Blankettfälschung der fälschlichen

139) Wertheimer ist jedoch nicht ganz konsequent. Bei § 170 (S.41) möchte er "da die Handlung eine verschiedene" und "auch der Vorsatz ein doppelter" ist, ein kumulatives Mischgesetz annehmen, "obwohl nach dem Wortlaut des Gesetzes beide Tatbestände gleichwertig zu sein scheinen".

140) So S.26 zu § 88 a.F.

141) So auch Niese, S.177: "... Die Gleichwertigkeit der beiden alternativen Tathandlungen im heutigen § 267 ist nur eine tatbestandlich "funktionelle" insofern, als sowohl das Fälschen als auch der Gebrauch der Urkunden für sich die volle Strafbarkeit im Rahmen des § 267 auslöst...".

142) S.Beling, L.v.V.S.264, Schönke-Schröder, § 2 Rdn.27

143) Ob diese Gleichartigkeit unabhängig von einer Tatbestandseinheit oder in Verbindung mit einer solchen die Möglichkeit einer Wahlfeststellung eröffnet oder zur Unanwendbarkeit des § 265 StPO führt, interessiert uns nicht. Vgl. zur Wahlfeststellung z.B. RG 23,47 ff. 48 einerseits und BGH 9,390 ff., 392 ff. andererseits; zu § 265 StPO s.RG Rspr.4,62 f.

144) Entsprechendes gilt, soweit die Gleichwertigkeit aus der äußerlichen Einheitlichkeit gefolgert wird (vgl. z.B. RG Rspr. 4,62 f.)

Anfertigung, ein andermal der Urkundengebrauch der Urkundenfälschung gleichgeachtet.

Unbestritten war, daß die §§ 267 und 269 StGB einen einheitlichen Tatbestand enthielten¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾, bestritten war jedoch das Verhältnis zwischen den §§ 267 und 270 StGB¹⁴⁷⁾. Diese Streitfragen brauchen uns heute nicht mehr zu interessieren. Doch gibt es auch jetzt noch gleiche Anordnungen des Gesetzgebers (z.B. §§ 149,155 StGB). Für sie sei bemerkt, daß dadurch nur die Anwendung der gleichen Strafdrohung bezweckt sein kann. Die damit begründete Gleichwertigkeit allein kann jedoch, wie wir bereits erkannt haben, keine Tatbestandseinheit begründen.

(e) Die Gemeinsamkeit der Bezeichnung

In § 80 StGB sind mehrere Fälle des Verfassungs- und des Gebietshochverrats mit Strafe bedroht. Die Verschiedenartigkeit und Selbständigkeit der Gestaltungen läßt sich nicht übersehen, die Mehrheit der Tatbestände nicht leugnen. Dennoch hat der Gesetzgeber einen einheitlichen Namen, Hochverrat, gefunden. Die sprachliche Zusammenfassung unter einer gemeinsamen Bezeichnung (Hochverrat, Urkundenfälschung) beweist zwar oft eine gewisse Verwandtschaft¹⁴⁸⁾, kann aber allein nicht die mehreren, verschiedenartigen Fallgestaltungen zu einem Tatbestand zusammenschließen¹⁴⁹⁾.

145) Oetker, S.281, Wertheimer, S.58 f., RG 39,31 ff.,37

146) Das war auch unbestreitbar: Die Blankettfälschung ist Herstellung einer Falschurkunde. Deshalb konnte 1943 § 269 StGB auch unbedenklich aufgehoben werden.

147) Vgl.Oetker, S.281, Wertheimer, S.59 und RG 34,413 ff., 414 (kumulatives Mischgesetz) einerseits und Rosenfeld, S.135 f., RG 35,299 ff.,300 f. (alternatives Mischgesetz) anderseits.

148) Bei § 80 StGB: Angriff auf die Grundlagen des Staates.

149) So Beling, L.v.V. S.273, Binding, Normen II 2, S.932 zu § 187 StGB, Oetker, S.282, Köhler, Grenzlinien, S.56, Wertheimer, S.7 u.S.57 (in offensichtlichem Widerspruch

Oft wird allerdings die gemeinsame Bezeichnung einen wertvollen Hinweis auf ein alternatives Mischgesetz geben¹⁵⁰⁾. Stets ist dann jedoch noch zu prüfen, ob es sich nicht nur um einen Sammelnamen handelt, dem kein einheitlicher Tatbestand zugrunde liegt¹⁵¹⁾.

Bei § 267 StGB ist zudem die einheitliche Bezeichnung beider Modalitäten als Urkundenfälschung ungenau und nur historisch zu erklären. Vor der Verordnung von 1943 waren beide Modalitäten in einem zweiaktigen Tatbestand zusammengefaßt. Diesen einheitlichen Tatbestand bezeichnete der Gesetzgeber einheitlich als Urkundenfälschung (pars pro toto). Jetzt, nach der Änderung des § 267 StGB, paßt dieser Name nicht für den nun selbständig strafbaren Urkundengebrauch.

- (f) Die Identität des Rechtsguts.
Ein Vergleich mit dem Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung.

Allen Modalitäten des § 267 StGB liegt dasselbe Rechtsgut zugrunde. Es gehört zwar - anders als das in Raum und Zeit verhaftete Angriffsobjekt - nicht zum Tatbestand, ermöglicht aber erst eine sinnvolle (teleologische) Auslegung des Tatbestandes¹⁵²⁾. Deshalb muß es bei der Suche nach den Grenzen des Tatbestandes berücksichtigt werden¹⁵³⁾.

dazu und in sich unklar S.48 zu § 223 StGB: "...wie sich aus der gemeinsamen Bezeichnung beider Tatbestände ergibt..." sei § 223 StGB "...ein alternatives Mischgesetz..." (Unterstreichungen vom Verfasser).

150) So Oetker, S.282, Köhler, Grenzlinien, S.56, Wertheimer, S.7

151) So Oetker, S.282/f., Köhler, Strafrecht, S.183

152) So z.B. Maurach, AT S.182

153) S. Oetker, S.283: zur Gewinnung des Deliktsbegriffs.

So besteht bei mehreren Modalitäten sicher dann keine Tatbestandseinheit, wenn jeder Modalität ein anderes Rechtsgut zugrunde liegt¹⁵⁴⁾. Aber umgekehrt gilt dies nicht. Die §§ 303 und 246 StGB schützen das Eigentum. Niemand wird behaupten wollen, daß beide Paragraphen denselben Tatbestand enthalten.

Nun besteht bei § 267 StGB insofern eine Besonderheit, als der Angriff auf dasselbe Rechtsgut aus derselben Richtung erfolgt; verschieden starke Gefährdungen¹⁵⁵⁾ sind hintereinander geschaltet. Der Vergleich mit dem Verhältnis des Versuchs zur Vollendung drängt sich auf. Dort allerdings wendet man die Regeln der Gesetzeskonkurrenz an,¹⁵⁶⁾¹⁵⁷⁾ geht also von einer Mehrheit formell anwendbarer Tatbestände aus. Doch diese Meinung halten wir für nicht richtig. Der Versuchende beginnt schon mit der Tatbestandsausführung, gegenüber der Vollendung besteht nur ein Minus innerhalb desselben Tatbestandes, das zu einem Minus in der Straffolge führen kann (§ 44 StGB). Versuch und Vollendung stehen unter der Klammer desselben Tatbestandes;

154) So auch Oetker a.a.O.

155) Der Urkuniengebrauch ist vollendet, wenn das Fälsifikat dem zu Täuschenden zugänglich gemacht worden ist. Eine tatsächliche Wahrnehmung ist nicht mehr erforderlich (h.M., z.B. Jagusch, LK § 267 Anm.1, Maurach, BT S.463, Schönke-Schröder, § 267 Rdn.76)

156) S. Geerds, S.184 f. und die dort in Anm.194 Genannten. Der Streit, ob bei Vollendung der § 43 StGB schon deshalb ausgeschlossen ist, weil er zur Voraussetzung hat, daß das Verbrechen "nicht zur Vollendung gekommen ist", ist für unsere Untersuchung unergiebig und darf deshalb unberücksichtigt bleiben.

157) A.A. aber Maurach (AT S.657 unter a)) und Warda (S.91 Anm.67), die zur Verbrechenseinheit ohne die Regeln der Gesetzeskonkurrenz kommen, also von einer Tatbestandseinheit ausgehen.

hebt der Gesetzgeber die Strafbarkeit des vollendeten Verbrechens auf, so ist auch der Versuch nicht mehr strafbar. Diese Abhängigkeit der Strafdrohungen ist die Folge der Tatbestandseinheit¹⁵⁸⁾. Die Regeln über die (Gesetzes-)Konkurrenz mehrerer, formell anwendbarer Tatbestände scheiden deshalb aus¹⁵⁹⁾.

Alle Gründe, die uns bei Versuch und Vollendung zur Annahme einer Tatbestandseinheit führten, treffen auf das Verhältnis von Urkundenfälschung und Urkundengebrauch nicht zu. Die Herstellung des Falsifikats ist nicht nur ein Teil des Gebrauchs, zu dem nur ein weiterer Teil hinzukommen muß, damit der Gebrauch vollendet ist; mit der Ausführungshandlung der dritten Alternative ist bei Abschluß der ersten beiden Alternativen noch nicht begonnen worden.- Allen Alternativen des § 267 StGB ist auch eine selbständige, wenn auch einheitlich formulierte Strafdrohung zugeordnet, keine Strafdrohung ist von der anderen abhängig. Darum stimmt auch unsere Probe nicht: Sollte der Gesetzgeber die Strafbarkeit des Urkundengebrauchs aufheben, so bleibt dessenungeachtet die Herstellung eines Falsifikats strafbar.

Deshalb ist das Verhältnis der Urkundenfälschung zum Urkundengebrauch für die Frage der Tatbestandseinheit nicht mit dem Verhältnis des Versuchs zur Vollendung vergleichbar. Auch der Umstand, daß durch Fälschung und Gebrauch dasselbe Rechtsgut aus derselben Richtung in verschiedener Intensität angegriffen wird, rechtfertigt somit nicht die Annahme einer Tatbestandseinheit¹⁶⁰⁾.

158) S.Beling, L.v.V. S.263 ff., 265

159) So auch Wertheimer, S.24 f. zu § 80 a.F. (Mord oder Mordversuch), Maurach und Warda (s.Anm. 157)

160) So auch Wertheimer (S.65 zu dem insoweit mit § 267 StGB übereinstimmenden § 324 StGB) und Oetker (S.283: "Bei Identität des Rechtsguts können doch die verschiedenen Formen des Angriffs ... (Verletzung - Gefährdung ...) zu "eigenen Deliktsbegriffen" führen).

(g) Die Gleichheit des Angriffsobjekts

Wer wollte leugnen, daß die §§ 212 und 239 StGB, die das gleiche Tatobjekt ("einen Menschen") haben, verschiedene Tatbestände enthalten. Die Gleichheit des im Tatbestand beschriebenen Angriffsobjektes¹⁶¹⁾ kann deshalb keine Tatbestandseinheit begründen¹⁶²⁾.

Bei genauer Betrachtung zeigt sich sogar, daß die Modalitäten des § 267 StGB kein gleiches Angriffsobjekt haben. Bei der Herstellung eines Falsifikats fehlt jedes Angriffsobjekt, bei der Verfälschung einer echten Urkunde ist diese echte Urkunde das Angriffsobjekt und beim Gebrauch der unechten Urkunde ist das Falsifikat nicht das Angriffsobjekt, sondern das Angriffsmittel.

(h) Die Gleichheit der Absicht.
Die Gleichwertigkeit der Absicht.

Noch ein Vergleich mit dem Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung.
Die Bewertungseinheit.

Bereichert ist, wer einen Vermögensvorteil erlangt hat. Diese Bereicherung ist unrechtmäßig, wenn sie im Widerspruch zur Rechtsordnung, also widerrechtlich erlangt ist. Die §§ 253 und 263 StGB setzen deshalb die gleiche Absicht des Täters voraus¹⁶³⁾. Niemand aber behauptet

161) Dies darf nicht mit dem Schutzobjekt = Rechtsgut verwechselt werden.

162) Nach Wertheimer (S.39 zu § 164, S.40 zu § 167, S.63 zu § 304 und § 306) ist bei Verschiedenheit der Angriffsobjekte ein kumulatives Mischgesetz gegeben.

163) A.A. jedoch OLG Hamm HEST 2, S.32 ff., 33, OLG Celle HEST 2, S.314 ff., 315, die behaupten, daß durch die Neufassung des § 253 StGB ein sachlicher Unterschied zur Bereicherungsabsicht des § 263 StGB begründet worden sei. Diese Meinung einer Minderheit darf jedoch unberücksichtigt bleiben, da auch die Tatbestandsmehrheit zwischen § 253 a.F., der insoweit wörtlich mit § 263 übereinstimmte, und § 263 nicht bestritten werden konnte.

eine Tatbestandseinheit zwischen beiden Paragraphen. Auch die Gleichheit der vom Gesetz geforderten Absicht kann deshalb keine Tatbestandseinheit begründen¹⁶⁴⁾.

Abgesehen davon erfordern nicht alle Modalitäten des § 267 StGB die gleiche Absicht. Wer eine unechte Urkunde herstellt oder eine echte Urkunde verfälscht, macht sich nach § 267 StGB strafbar, wenn er bei Herstellung oder Verfälschung die Absicht hat, einem Dritten das Falsifikat zugänglich zu machen und dadurch bei diesem einen Irrtum zu erregen¹⁶⁵⁾. Die Absicht beim Gebrauch, beim "Zugänglichmachen" selbst muß nur noch die Irrtums-erregung umfassen; der Gebrauch ist schon objektiv verwirklicht.

Nun behauptet jedoch Wertheimer¹⁶⁶⁾, daß auch bei verschiedener Absicht ein alternatives Mischgesetz dann gegeben ist, wenn das Gesetz beide Absichten für gleichwertig hält. Hier wird wieder mit der Gleichwertigkeit der Deliktsmerkmale argumentiert. Wir haben schon erkannt¹⁶⁷⁾, daß sie zur Begründung einer Tatbestandseinheit untauglich ist.

Gerade mit dieser von uns eben festgestellten Verschiedenheit der Absichten begründen Schröder und der BGH¹⁶⁸⁾ ihre Annahme einer Tatbestandseinheit¹⁶⁹⁾. Aus der Tat-

164) A.A.anscheinend Wertheimer S.36 zu § 146 (dagegen aber Oetker, S.281 Anm.16). Im Ergebnis hat freilich Wertheimer recht (s.u.Anm.177), nur seine Begründung mit der Absichtsidetitität überzeugt nicht.

165) S.Schönke-Schröder, § 267 Rdn.85 und 90.

166) S.54 zu § 253, S.56 zu § 263, S.58 zu § 268 a.F., vgl. aber S.60. zu § 242 KO

167) Siehe oben S.28

168) Siehe oben S.2 f.

169) Die "übergreifende Klammer" der Absicht betont auch Häussling S.70. Sie füge "von der inneren Tatseite her eine einheitliche Tat". Häussling wendet sich damit nur gegen die Annahme einer Handlungsmehrheit. Bestimmte Aussagen über eine Verbrechenseinheit fehlen bei ihm.

sache, daß die Absicht bei Herstellung und Verfälschung auch den Gebrauch umfaßt, daß die dritte Alternative schon - subjektives - Tatbestandsmerkmal der beiden ersten Alternativen ist, folgert Schröder, daß das Gesetz diese Alternativen zu einer Bewertungseinheit verbunden hat. Wir hatten erkannt¹⁷⁰⁾, daß Schröder unter dieser Bewertungseinheit eine Tatbestandseinheit verstand.

Ein ähnliches Verhältnis verschiedener Absichten besteht zwischen den §§ 239a und 255 StGB, wenn man davon ausgeht, daß § 239a StGB ein Erpressungsdelikt ist, eine Vorbereitungshandlung zu einer qualifizierten Erpressung ver-
typt¹⁷¹⁾. Der Kindsräuber beabsichtigt die Erpressung und damit den rechtswidrigen Vermögensvorteil; die Erpressung ist im subjektiven Tatbestand des § 239a StGB schon enthalten. Nur durch die Mehrzahl der an diesem Verhältnis beteiligten Paragraphen unterscheidet sich dieser Fall von unserem.

Auch hier stellt sich wieder der Vergleich mit dem Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung ein. Auch beim Versuch ist der noch nicht verwirklichte Teil im subjektiven Bereich ("Entschluß") Tatbestandsmerkmal. Doch wir hatten schon erkannt¹⁷²⁾, daß gerade die Umstände, die uns bei Versuch und Vollendung die Annahme einer Tatbestandseinheit ermöglichten, bei Herstellung und Gebrauch fehlten: Wer herstellt, beginnt noch nicht mit dem Gebrauch, das

170) S. oben S.3

171) So Maurach, JZ 1962, S.559 und 561 mit ausführlichen historischen Nachweisen und in Übereinstimmung mit Kohlrausch-Lange, § 239a Anm.IV, Schönke-Schröder, § 239a Rdn.1 (vgl. aber Rdn.5), a.A. z.B. Schwarz-Dreher, § 239a Anm.4

172) Siehe oben S.32

Herstellen ist kein Minus, sondern ein Aliud zum Gebrauch.

Die besondere Berücksichtigung eines Tatbestandes im subjektiven Teil eines anderen Tatbestandes setzt - abgesehen von den Wiederholungstaten und dem besonderen Minus-Verhältnis zwischen Versuch und Vollendung - doch gerade eine Verschiedenheit der Tatbestände voraus¹⁷³⁾: Wer fälscht, beabsichtigt nicht eine weitergehende Fälschung, sondern den Gebrauch, wer ein Kind entführt (§ 239a StGB), beabsichtigt keine neue, weitergehende Entführung, sondern eine Erpressung. So besteht unbestritten zwischen den §§ 239a und 253 StGB keine Tatbestandseinheit¹⁷⁴⁾. Warum sollte bei § 267 StGB etwas anderes gelten?

Der Hinweis auf einen durch den Täterwillen begründeten Zusammenhang kann die Annahme einer Bewertungseinheit im Sinne einer Tatbestandseinheit nicht rechtfertigen.

Die Behauptung einer Bewertungseinheit ist auch keine ausreichende Antwort auf unsere Frage nach der Tatbestandseinheit. Bewertungseinheit kann nur bedeuten, daß das Gesetz die Alternativen als Einheit behandelt und behandeln wissen will. Einheit in diesem Sinne kann auch die Verbrechenseinheit sein, die nicht durch die Einheit des Tatbestandes, sondern nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz begründet wird. So verwendet Schröder¹⁷⁵⁾ diesen Begriff auch bei der Erörterung der Gesetzeskonkurrenz.

173) Auch Oehler (S.107 Anm.71, S.111 ff.) betont den Unterschied zwischen Versuch und verkümmert zweiaktigen Delikt. Die von ihm behauptete typische Gefährlichkeit des ersten Aktes eines verkümmert zweiaktigen Deliktes ist in der Eigenartigkeit des ersten Aktes gegenüber dem beabsichtigten zweiten Akt begründet.

174) Nach Maurach, JZ 62, 563, BGH 16, 316 ff., 320 besteht zwischen beiden Tatbeständen Idealkonkurrenz, nach Schönke-Schröder, § 239a Rdn.9 Gesetzeskonkurrenz mit Vorrang des § 239a StGB (Druckfehler der 11. Aufl.,

(2) Die eigene Lösung

Am Beispiel des § 267 StGB haben wir nachgewiesen, daß die von Lehre und Rechtsprechung behaupteten Merkmale eines alternativen Mischgesetzes eine Tatbestandseinheit nicht begründen können.

Tatbestandseinheit nannten wir die Verbrechenseinheit, bei der schon formal nur ein Tatbestand verwirklicht ist. Die mehreren Modalitäten müssen also zu demselben Tatbestand gehören. Damit erweist sich diese Einheit als Identität. Die mehreren Modalitäten sind Teile des Tatbestandes. Eine Identität des Tatbestandes ist deshalb nur möglich, wenn diese Modalitäten in einem Begriff zusammenfallen und insoweit gleichbedeutend sind¹⁷⁶⁾. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn ein Gesetz für denselben Begriff mehrere Bezeichnungen wählt¹⁷⁷⁾, sondern auch dann, wenn verschiedene Unterbegriffe eines Oberbegriffs angeführt sind und dieser Oberbegriff, der nicht¹⁷⁸⁾ oder daneben¹⁷⁹⁾

wie sich aus der 10. Aufl. § 239a Anm. VI ergibt; gemeint ist § 239a).

175) MDR 50,399 1. Sp., Schönke-Schröder, Rdn. 67 vor § 73

176) Die Gleichheit der rechtlichen Bedeutung betont Rosenfeld, S. 134 f.

177) Beispiel: § 246 StGB: Besitz oder Gewahrsam. Auch Wertheimer nimmt bei mehreren Bezeichnungen eines einheitlichen Begriffes ein alternatives Mischgesetz an (S. 29 zu § 104 a. F. (s. o. Anm. 126), S. 30 zu § 106 und § 107 a. F., S. 33 zu § 114)

178) Beispiele: § 263 StGB (Unterbegriffe: Vorspiegelung falscher, Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen; Oberbegriff: Täuschung) und alle Tatbestände, die das Herstellen eines unrichtigen und die Verfälschung eines richtigen Verhältnisses mit Strafe bedrohen, z. B. § 107a (Unterbegriffe: Herbeiführung eines unrichtigen Wahlergebnisses durch Tätigkeit vor der Wahl und nachträgliche Verfälschung des Wahlergebnisses, Oberbegriff: Herstellung eines unrichtigen Wahlergebnisses), § 146 (Unterbegriffe: Falschmünzerei und Münzverfälschung, Oberbegriff: Herstellung einer unechten Münze), § 267 (Unterbegriffe: Herstellung einer unechten Urkunde und Verfälschung einer echten

erwähnt ist, das eigentliche Tatbestandsmerkmal ist¹⁸⁰⁾. Dann sind die Besonderheiten der einzelnen Unterbegriffe für den Tatbestand bedeutungslos. Der Oberbegriff ist aber nur dann eigentliches Tatbestandsmerkmal, wenn entweder alle seine Unterbegriffe erschöpfend aufgezählt sind¹⁷⁸⁾ oder aber nur einige beispielhaft und die nicht-erwähnten nach dem erkennbaren Willen des Gesetzes auch unter den Tatbestand fallen sollen¹⁸¹⁾. Deshalb genügt die bloße Möglichkeit eines Gattungsbegriffs noch nicht;¹⁸²⁾ das wird häufig übersehen¹⁸³⁾.

Urkunde, Oberbegriff: Herstellung einer unechten Urkunde).- Wertheimer kommt für die in dieser Anm. erwähnten Paragraphen zu denselben Ergebnissen (s.S.57 zu § 263, S.30 zu § 108 a.F., S.36 zu § 146, S.58 zu § 267). Die besonderen Herstellungstatbestände werden wir später noch am Beispiel des § 267 StGB ausführlich erörtern.

- 179) So z.B. bei § 223a ("anderes gefährliches Werkzeug"), § 259 ("sonst an sich bringt"). Es sind die Paragraphen mit "Generalklauseln" (Rosenfeld, S.135).
- 180) Auch Binding betont die einigende Kraft des Gattungsbegriffes (Handb.S.563). So faßt er die Modalitäten des § 274 Abs.1 Nr.2 zu den Begriffen der Fälschung und Unterdrückung der Beweiszeichen zusammen (Lehrb.II 1, S.348).
- 181) Unter der Herrschaft des Verbotes der Analogie zugunsten des Täters im besonderen Teil des StGB ist dies jedoch - falls der Gattungsbegriff im Gesetz nicht erwähnt ist - nur bei privilegierenden Merkmalen möglich.
- 182) So auch Beling, L.v.V. S.272; Binding, Normen I, S.209; RG 8, 149 ff., 151; RG 27, 138 f.
- 183) So übersieht Wertheimer, S.64 zu § 315, daß der Eisenbahntransport nicht nur durch Beschädigung von Eisenbahnanlagen und falsche Signalgebung gefährdet werden kann. Vgl. auch ders. S.51 zu § 243 Abs.1 Nr.2 und 3.

Andererseits müssen alle Tatbestandsmerkmale mit sich identisch sein, damit der sich aus ihnen zusammensetzende Tatbestand identisch ist. Eine Identität einiger Merkmale, eine Teilidentität des Tatbestandes genügt nicht¹⁸⁴⁾¹⁸⁵⁾.

Was aber ist nun Tatbestandsmerkmal? Sind es auch Absicht und Rechtsgut, deren Identität wir prüften? Es ist die Frage nach dem Umfang des Tatbestandes. Doch welcher Tatbestandsbegriff¹⁸⁶⁾ ist gemeint?

Wir suchen nach den Voraussetzungen einer formalen Tatbestandseinheit, der kleinsten Form einer Verbrechenseinheit, die dem Staat nur eine Strafberechtigung gibt. Die kleinsten Einheiten, die Strafberechtigungen gewähren, stehen im besonderen Teil des StGB, sie werden von den dort beschriebenen Bedingungen der jeweiligen Strafe gebildet. Uns interessiert jedoch nicht die tatsächliche Straffolge, sondern nur die Möglichkeit einer solchen: die Strafberechtigung des Staates. Deshalb gehören zu dem von uns gesuchten Tatbestand auch nicht solche Voraussetzungen der konkreten Straffolge, die, wie z.B. das Fehlen eines Gnadenaktes, auf das Verbrechen selbst keinen Einfluß haben¹⁸⁷⁾.

Somit setzt sich unser Tatbestand aus den sogenannten Verbrechensmerkmalen zusammen¹⁸⁸⁾. Darum könnte auch die

184) So auch Beling, L.v.V.S.272,277,281; RG 12,379 ff., 380 (zu den Erschwerungsgründen des § 223a); RG 35, 299 ff.,300; RG 35,357 ff.,358 (zu § 251); RG GA 52,244 (zu § 274 Nr.2).Im Ergebnis ebenso RG 8,149 ff.,151 f. (zu § 12 Nr.1 des Nahrungsmittelgesetzes a.F. = § 3 i.V.m.§ 11 des Lebensmittelgesetzes von 1927). A.A. Köhler, Strafrecht S.183.

185) Es ist deshalb auch unwesentlich, ob die gemeinsamen Merkmale "vor die Klammer" gezogen sind oder ob sie bei jeder Modalität selbständig erwähnt werden (so auch RG 12,379 ff,380, insoweit mißverständlich RG 8,149 ff.,152).

186) Engisch (Mezgerfestschrift S.130 ff.) unterscheidet fünf Tatbestandsbegriffe.

187) S. Engisch a.a.O. S.131

Identität des Rechtsguts, das ohne Zweifel nicht zum Verbrechenstatbestand gehört¹⁸⁹⁾, allein eine Tatbestandseinheit nicht begründen. Andererseits war es nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, die Identität der Absicht zu untersuchen, da diese Absicht sowohl als Unrechts- als auch als Schuldbestandteil¹⁹⁰⁾ Verbrechenmerkmal ist. Nur weil eine Teilidentität des Tatbestandes noch keine Tatbestandseinheit begründet, rechtfertigte die Identität der Absicht - ebenso wie die Identität des abstrakten Angriffsobjekts - nicht die Annahme eines alternativen Mischgesetzes.

b) Die Anwendung der gefundenen Erkenntnisse auf § 267 StGB

§ 267 StGB enthält vier Alternativen, das Herstellen einer unechten Urkunde, die Verfälschung einer echten Urkunde, den Gebrauch einer unechten Urkunde und den Gebrauch einer verfälschten Urkunde.

(1) Herstellung und Verfälschung

Eine unechte Urkunde ist hergestellt und eine echte Urkunde verfälscht, wenn sie nicht von dem stammt, der von ihr als Aussteller bezeichnet wird¹⁹¹⁾. Auch das Ergebnis

188) RG 34,413 ff., 414 f. spricht vom "Verbrechensbegriff", Oetker, S.282 f. von "Deliktsbegriff", der auf Grund des Gesetzesinhalts zu gewinnen sei.

189) S. Wolf S.54

190) Vgl. dazu Oehler S.84, 91 ff., 106 f.
Siehe unten S.70 f.

191) Maurach, BT S.459 f.
Schönke-Schröder, § 267 Rdn.48

der Verfälschung einer echten Urkunde ist eine unechte Urkunde. Wer verfälscht, stellt her¹⁹²⁾. Somit scheint die besondere Erwähnung des Verfälschens von echten Urkunden im § 267 StGB überflüssig zu sein, da eigentliches Tatbestandsmerkmal die Herstellung einer unechten Urkunde ist.

Nun wird jedoch von der herrschenden Meinung¹⁹³⁾ behauptet, auch der Aussteller einer Urkunde könne sich durch spätere unbefugte Veränderung des Urkundeninhalts nach § 267 StGB strafbar machen. Für diese Fälle wird der Verfälschungsalternative eine selbständige Bedeutung zuerkannt¹⁹⁴⁾: Da der Aussteller derselbe bliebe, gäbe es keine Täuschung über ihn und somit keine Herstellung einer unechten Urkunde¹⁹⁴⁾, obwohl unecht auch die vom Aussteller nachträglich und unbefugt geänderte Urkunde sei¹⁹⁵⁾.

Der Widerspruch ist offensichtlich. Er ist die Folge davon, daß zwei verschiedene Begriffe der Unechtheit verwendet werden¹⁹⁶⁾: Einerseits¹⁹⁴⁾ wird eine Urkunde nur dann als unecht bezeichnet, wenn sie von einer anderen Ausstellerperson stammt, andererseits¹⁹⁵⁾ nennt man auch die Urkunde unecht, die vom alten Aussteller in einem späteren Zeitpunkt und nach dem Eintritt besonderer Umstände (Verlust des Dispositionsrechts) verändert wird. Im letzten Fall wird dieselbe Person in zwei verschiedene Aussteller

192) Binding, Lehrb. II 1, S. 230; Jagusch, LK § 267 Anm. 4; Schönke-Schröder, § 267 Rdn. 46, 64; ebenso - mit der im folgenden behandelten Einschränkung - Maurach, BT S. 460 f.

193) Z.B. Jagusch, LK Anm. 7b vor § 267; Maurach, BT S. 461; Welzel, S. 349; BGH 13, 382 ff., 387. A.A. z.B. Schönke-Schröder, § 267 Rdn. 68

194) So Maurach, BT S. 461

195) Jagusch, LK Anm. 7, insbes. 7b vor § 267; Maurach, BT S. 457

196) So Mezger-Blei II, S. 217 f.; Schönke-Schröder, § 267 Rdn. 68

aufgespalten, in den ersten berechtigten und den späteren, unberechtigten. Nimmt man aber diese Spaltung einer Person vor, so muß man folgerichtig auch die Verfälschung durch den alten Aussteller im späteren Zeitpunkt als Herstellung einer unechten Urkunde bezeichnen.

Somit ändert diese Ausdehnung des § 267 StGB durch die herrschende Meinung an der Einheit des Begriffs der Herstellung einer unechten Urkunde nichts.

Wer eine schon einmal verfälschte, ursprünglich echte Urkunde noch einmal verfälscht, hat die ursprünglich "echte Urkunde" erneut "verfälscht"¹⁹⁷⁾ und, da jede verfälschte echte Urkunde eine unechte Urkunde ist, eine neue unechte Urkunde hergestellt. Bestritten ist die Strafbarkeit desjenigen, der eine ursprünglich unechte Urkunde "verfälscht". Welzel¹⁹⁸⁾ glaubt eine Gesetzeslücke entdeckt zu haben: § 267 StGB erwähne eben nur die Verfälschung einer echten Urkunde. Überwiegend¹⁹⁹⁾ wird die Verfälschung einer ursprünglich unechten Urkunde unter die Alternative des Herstellens einer unechten Urkunde subsumiert.

Welzel schränkt den Oberbegriff der Herstellung einer unechten Urkunde ein; die Verfälschung einer ursprünglich unechten Urkunde wird herausgenommen²⁰⁰⁾. Deshalb bleibt aber die Verfälschung echter Urkunden weiterhin eine Herstellung unechter Urkunden.

197) Schönke-Schröder, § 267 Rdn.66; Welzel, S.349

198) S.349

199) Binding, Lehrb.II 1 S.231; Maurach, BT S.432; Schönke-Schröder, § 267 Rdn.66

200) Wer eine unechte Urkunde erneut "verfälscht", stellt eine neue unechte Urkunde her. Welzel schuldet uns deshalb den Nachweis dafür, daß der Gesetzgeber durch die ausdrückliche Erwähnung des Verfälschens von echten Urkunden das Verfälschen ursprünglich unechter Urkunden nicht mit Strafe bedrohen wollte.

Auch dieser Auslegungstreit um § 267 StGB hat somit keinen Einfluß auf unser Ergebnis: Die Herstellung einer unechten Urkunde ist das eigentliche Tatbestandsmerkmal²⁰¹⁾, die Erwähnung der Verfälschung einer echten Urkunde ist daneben überflüssig.

(2) Der Gebrauch unechter und verfälschter Urkunden

Da auch die verfälschte Urkunde eine unechte Urkunde ist, ist auch der Gebrauch einer verfälschten Urkunde der einer unechten Urkunde. Damit vereinfacht sich der § 267 StGB, es bleiben nur noch zwei Alternativen übrig: die Herstellung und der Gebrauch einer unechten Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr.

(3) Herstellung und Gebrauch

§ 267 StGB enthält nur dann einen einheitlichen Tatbestand, wenn beide Modalitäten in einem Begriff, der Tatbestandsmerkmal des § 267 StGB sein kann, zusammenfallen. Das ist nur möglich, wenn entweder eine Modalität als Unterbegriff sich der anderen Modalität, dem Oberbegriff, unterordnet oder aber wenn beide Modalitäten sich in einem gemeinsamen Oberbegriff vereinen. Als Folge des Analogieverbotes zugunsten des Täters dürfte im letzteren Fall der Oberbegriff allerdings keine weiteren, durch § 267 StGB nicht erwähnten Unterbegriffe haben^{201a)}.

Herstellung und Gebrauch sind in erster Linie Begriffe der empirischen Welt, des Geschehens in Raum und Zeit. Ihr Nachweis geschieht durch Tatsachenfeststellung.

201) So schon Weismann, ZStW 11,45 ff.; ebenso Binding, Handb.S.562 Anm.8 (zu § 146); Wertheimer S.36 (zu § 146) und S.58 (zu § 267); a.A. Mezger-Blei I, S.101 (ohne Begründung)

201a) S.oben Anm. 181

Als solche deskriptiven Begriffe beziehen sie sich auf verschiedenartige Tätigkeiten: Wer die Urkunde gebraucht, stellt sie nicht her, wer sie herstellt, gebraucht sie nicht²⁰²⁾. Beide Alternativen haben verschiedenartige Außenweltsveränderungen als Erfolge. Da nicht nur Handlungsumstände²⁰³⁾, sondern die Handlungen selbst verschieden sind, ist nicht nur das Wissen, sondern auch das Wollen bei beiden Alternativen ein anderes. Keine Modalität kann deshalb der anderen untergeordnet werden.

Es läßt sich nun auch kein Begriff denken, dessen Umfang allein durch diese beiden Alternativen bestimmt wird. Der nächste Gattungsbegriff (Tun) ist so inhaltsarm, daß er auch Tätigkeiten umfaßt, die die Straffolge des § 267 StGB nicht auslösen können (z.B.: Zerstören²⁰⁴⁾).

202) Diese Verschiedenheit betont Sax (MDR 51,588), allerdings zur Ablehnung einer natürlichen Handlungseinheit.

203) S.dazu Wolf, Typen S.12 und 51 ff.

204) Im Ergebnis ebenso Oetker (S.287), Köhler (Strafrecht S.183), Wertheimer (S.11 f., S.29 zu § 155, S.30 zu § 106, S.35 zu § 132, S.40 zu § 168, S.48 zu § 223a, S.62 zu § 296): Oetker läßt a.a.O. nur bei "analoger Tatgestaltung" eine alternative Feststellung zu. Die Möglichkeit alternativer Feststellung sei aber Folge der Einheit des Strafanspruches (S.281 f.). Der "analogen Tatgestaltung" entspricht also eine Einheit des Strafanspruches und damit (s.o.S.7,21f) beim alternativen Mischgesetz eine Tatbestandseinheit. Auch nach Köhler (a.a.O.) kommt bei völlig verschiedenartigen Handlungen nur ein kumulatives Mischgesetz in Betracht; er würdigt die alternativen Mischgesetze unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Erfolgseinheit (Grenzlinien S.55). Grundsätzlich nimmt auch Wertheimer (a.a.O.) bei verschiedenen Handlungen, bei verschiedenem Vorsatz und bei Fehlen einer Erfolgseinheit ein kumulatives Mischgesetz an (über seine Ausnahmen bei Gleichwertigkeit von Deliktsmerkmalen s.o. S.27f). In einem nur scheinbaren Widerspruch dazu steht seine Bemerkung auf S.2, daß beim alternativen Mischgesetz die Ver-

Die Begriffe der Herstellung und des Gebrauchs unechter Urkunden hat der Gesetzgeber in sein Gesetz aufgenommen, weil durch ihre Erscheinungen das dem Gesetzgeber wesentliche Rechtsgut der Sicherheit des Beweisverkehrs in verschiedener Intensität gefährdet wird. Im Sinne dieser Wertbezogenheit handelt es sich um normative Begriffe²⁰⁵⁾

Auch der Oberbegriff muß in dieser teleologischen Dimension normativ, rechtsgutbezogen sein. Er kann deshalb nur unter Berücksichtigung des Rechtsgutes gefunden werden. Da dieses Rechtsgut auch in anderer Weise als durch Herstellung und Gebrauch unechter Urkunden angegriffen werden kann (vgl. die §§ 271 ff.), scheidet die allgemeine Rechtsgutsgefährdung ("Wer den Beweisverkehr gefährdet, wird ...") als gemeinsamer Oberbegriff, der Tatbestandsmerkmal des § 267 sein könnte, aus²⁰⁶⁾.

schiedenheit der Handlung an der Einheitlichkeit des Delikts nichts ändere. Denn läßt sich für die verschiedenen Handlungen ein gemeinsamer Oberbegriff finden, der Tatbestandsmerkmal sein kann, so stört die Verschiedenheit nicht die Tatbestandseinheit.

205) Engisch, Mezgerfestschrift S.153,160; Wolf, Typen S.5, und Reichsgerichtsfestgabe S.55 f. Damit sind sie jedoch noch nicht normative Tatbestandsmerkmale im Gegensatz zu den deskriptiven. Auch die deskriptiven Tatbestandsmerkmale sind durch ihre Aufnahme in den gesetzlichen Tatbestand im oben beschriebenen Sinn wertbezogen. Zum Unterschied zwischen normativen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen vgl. Engisch a.a.O. S.127 ff., insbesondere S.147.

206) S. Binding, Normen I S.209 zu §§ 80, 81 und 102 StGB a.F.

Ein wesentlicher Unterschied zu den anderen Urkunden-
delikten besteht nun darin, daß es sich bei § 267 StGB
um unechte Urkunden handelt. Man könnte deshalb daran
denken, die "Gefährdung des Beweisverkehrs mit unechten
Urkunden" als gemeinsamen Oberbegriff, der Tatbestands-
merkmal des § 267 StGB sein kann, zu bezeichnen²⁰⁷⁾.
Doch dabei würde übersehen, daß beim weniger intensiven
Angriff, beim Herstellen, das Gefährdungsmittel des zwei-
ten Angriffs, die unechte Urkunde, erst geschaffen wird;
das Herstellen von etwas ist noch keine Gefährdung mit
dem Hergestellten. § 267 StGB bedroht neben dem Gebrauch
nur die Herstellung, die schöpferische Tätigkeit, nicht
auch den Besitz einer unechten Urkunde mit Strafe, obwohl
auch durch ihn der Beweisverkehr - zwar geringer als
durch den Gebrauch, aber stärker als durch die Herstellung -
gefährdet wird^{207a)}. Deshalb ist die Bedeutungseinheit:
"Gefährdung des Beweisverkehrs mit unechten Urkunden" so-
wohl zu eng, weil sie das Herstellen nicht umfaßt, als
auch zu weit, weil auch der Besitz darunter subsumiert
werden kann.

Ein einheitlicher Begriff, der die Annahme einer Tatbe-
standseinheit rechtfertigen würde, läßt sich demnach
für Herstellung und Gebrauch einer unechten Urkunde auch
unter Berücksichtigung des gemeinsamen Rechtsguts nicht
finden. Es handelt sich vielmehr um eine selbständig
vertyppte Auswahl aus den Erscheinungsformen einer Gefähr-
dung des Beweisverkehrs, nicht nur um "mangelhafte Vor-
stufen einer Deliktsabstraktion"²⁰⁸⁾ oder um eine Kasuistik

207) Vgl. RG 8, 149 ff., 152 für den ähnlichen Fall des
§ 12 Nr. 1 des Nahrungsmittelgesetzes v. 1879 (=
§ 3 i.V.m. § 11 des Lebensmittelgesetzes von 1927):
"Gefährdung des Publikums durch gesundheitsschädli-
che Nahrungs- oder Genußmittel". Das RG nahm Tatbe-
standsmehrheit an.

207a) Vgl. § 245a StGB

208) S. Wolf, Typen S. 47

aller Anwendungsfälle nach "Auflösung des umfassenden Verbrechensbegriffes"²⁰⁹⁾. § 267 StGB enthält deshalb zwei Tatbestände²¹⁰⁾, die als Strafvoraussetzungen nur nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz verdrängt werden können²¹¹⁾.

Die Auffassung vom formal einheitlichen Tatbestand des § 267 StGB, die von Schröder, Schmitt und Geerds vertreten wird und - wie wir annehmen mußten²¹²⁾ - auch der Rechtsprechung des BGH zugrunde liegt, ist eine Nachwirkung des alten zweiaktigen Tatbestandes vor 1943²¹³⁾. Das zeigen auch Ausführungen von Schröder²¹⁴⁾: "Historisch wie systematisch ist § 267 als ein (verkümmert) zweiaktiges Delikt aufzufassen, weshalb die Meinungen abzulehnen sind, die nur wegen Gebrauchmachens oder Herstellens bestrafen wollen, wenn der Täter beide Akte verwirklicht hat". Man dachte noch in der gewohnten Form und berücksichtigte nicht die Umgestaltung, die § 267 StGB im Jahre 1943 erfahren hat. Die Annahme eines einheitlichen Tatbestandes war auch bequem, sie ersparte den Eintritt in das gefürchtete Dickicht der Konkurrenzen.

209) S.Binding, Handb.S.561 zum alternativen Mischgesetz

210) So auch Mezger-Blei I, S.100 (VI 2a a.E.), RG 34, 413 ff., 414 ("...eigenartiges Delikt des wissentlichen Gebrauchs.." mit einem "... in Gegensatz zu der Fälschung oder Verfälschung einer Urkunde stehenden Tatbestand,...").- Dasselbe gilt dann für die Tatbestände der §§ 271/273, 275, 324 StGB, 3/11 Lebensmittelgesetz (so auch Wertheimer S.59 zu § 275, S.65 zu § 324, RG 8, 149 ff. zu § 12 Nr.1 des Nahrungsmittelgesetzes von 1879 = §§ 3/11 Lebensmittelgesetz von 1927; unklar Köhler, Grenzlinien S.55 und S.56 zu § 275).

211) S.Beling, L.v.V. S.345 f.

212) Oben S. 12

213) So auch Sax, MDR 51, 587

214) Rdn.79 zu § 267 (Unterstreichung vom Verfasser)

II. Die Annahme einer Gesetzeskonkurrenz zwischen den Tatbeständen des § 267 StGB

Unser Anliegen ist die Begründung einer Verbrechenseinheit bei § 267 StGB. Wir hatten erkannt²¹⁵⁾, daß eine Verbrechenseinheit nur durch eine (formelle) Tatbestandseinheit oder nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz begründet werden kann. Zwischen Herstellung und Verfälschung konnten wir eine Tatbestandseinheit feststellen, bei Herstellung und Gebrauch scheiterte dieser Versuch. Als Ausweg verbleibt uns deshalb nur noch die Annahme einer Gesetzeskonkurrenz zwischen den formell selbständigen Tatbeständen des § 267 StGB.

Wir hatten gesehen²¹⁶⁾, daß eine Gesetzeskonkurrenz sowohl bei Handlungseinheit als auch bei Handlungsmehrheit möglich ist. Die Prüfung einer Handlungseinheit oder -mehrheit ist deshalb nur zur Anwendung der §§ 73 und 74 StGB erforderlich und somit erst nach Feststellung einer Verbrechenmehrheit sinnvoll²¹⁷⁾. Eine andere Reihenfolge der Prüfung wäre unpraktisch: Würde später Gesetzeskonkurrenz festgestellt, so wäre die frühere Erörterung der Handlungseinheit oder -mehrheit überflüssig.

1. Die Formen der Gesetzeskonkurrenz

Als Formen der Gesetzeskonkurrenz kennt man²¹⁸⁾ die Spezialität, die Alternativität, die Subsidiarität und die Konsumtion. Um die Berechtigung dieser vier Zuordnungs-

²¹⁵⁾ Oben S.11

²¹⁶⁾ Oben S.8 ff.

²¹⁷⁾ So auch Geerds, S.146; a.A. ders. S.233, Schmitt, ZStW 75,45

²¹⁸⁾ S.z.B. Baumann, Lehrb.S.506; Gelbert, Tat S.21; Honig, Nachtat S.4

formen und um ihre Abgrenzung voneinander besteht heftiger Streit. Selten werden im Strafrecht so viele Sondermeinungen vertreten. Es gibt wahrlich "nur sehr wenige" Fälle, "die übereinstimmend einer Art zugezählt werden"²¹⁹⁾. Eine ausführliche Betrachtung aller vertretenen Meinungen ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Nur wenn eine Meinung für § 267 StGB von Bedeutung sein kann, wird sie erörtert werden.

a) Die Spezialität

Man²²⁰⁾ spricht von Spezialität, wenn mehrere Gesetze auf denselben Sachverhalt anwendbar sind, eines von ihnen, die lex specialis, aber neben allen Merkmalen des anderen Gesetzes, der lex generalis, noch zusätzliche, spezialisierende Merkmale enthält und damit die Besonderheiten der Tat noch besser berücksichtigt. Zwischen den Tatbeständen dieser Gesetze besteht somit das begriffslogische Verhältnis der Subordination²²¹⁾: Jeder Sachverhalt, der unter den Tatbestand der lex specialis subsumiert werden kann, erfüllt auch den Tatbestand der lex generalis; der Tatbestand - nicht nur das Unrecht - der lex generalis ist im Tatbestand der lex specialis enthalten. Damit zeigt sich, daß es sich insoweit gar nicht um verschiedene Tatbestände handelt und daß in diesem Umfang eine Tatbestandseinheit besteht. Diese Tatbestandseinheit ist aber einseitig: Der Tatbestand der lex specialis geht - im Umfang der spezialisierenden Merkmale - über den Tatbestand der lex generalis hinaus. Deshalb muß aus dem Spezialgesetz gestraft werden.

219) Lent, S.18

220) Z.B. Geerds, S.193, Honig, Nachtat, S.113, Maurach, AT S.640, Schönke-Schröder, Rdn.64 vor § 73. Zu eng Meister (S.26), der Spezialität nur annimmt, wenn "das Spezielle ein Sektor im Kreis des Allgemeinen" ist; damit ist er gezwungen, die qualifizierende Spezialität (z.B. § 253 zu § 240, § 249 zu §§ 242, 240) der Konsumtion zuzuordnen (a.a.O. S.27).

221) Klug, S.405

Diese einseitige Tatbestandseinheit ist die Ursache für die Unanwendbarkeit der lex generalis. Da der generelle Tatbestand schon formell im Spezialtatbestand enthalten ist²²²⁾, bedarf es der Feststellung eines besonderen Wertgefälles zwischen beiden Gesetzen nicht²²³⁾. Wir behandeln deshalb die Spezialität als eine besondere Art der formalen Tatbestandseinheit; ihre Zuordnung zu einer anderen Form von Verbrechenseinheit verdunkelt den wahren Grund für die Unanwendbarkeit der lex generalis.

Nun hatten wir schon erkannt, daß § 267 StGB zwei verschiedene Tatbestände enthält. Es fehlt somit schon die Möglichkeit²²⁴⁾ einer auch nur einseitigen Tatbestandseinheit, wie sie die Spezialität zur Voraussetzung hat.

b) Die Alternativität

Verschiedentlich bezeichnet man²²⁵⁾ das Verhältnis zwischen den Tatbeständen, die gegensätzliche Merkmale haben, als

222) So wollen wohl auch Jescheck (S.534), Rittmann (S.22,25) und Warda (S.90) verstanden werden, wenn sie das Verhältnis der Spezialität allein nach den Regeln der Logik zu bestimmen versuchen.

223) Damit soll die von Klug (S.413) betonte allgemeine Wertbezogenheit der Spezialität nicht geleugnet werden. Sie ist jedoch eine Eigenart jedes strafrechtlichen Verhältnisses, nicht nur der Spezialität. Eine besondere Rechtsgutsbeziehung der Spezialität, wie sie wohl Hirschberg (S.39 ff.) behaupten will, gibt es nicht. Die Begründung von Hirschberg überzeugt nicht: Bei jeder abstrakten Tatbestandseinheit, nicht nur bei der Spezialität, ist eine konkrete Verbrechenmehrheit möglich (Beispiele: Gleichartige Real- und Idealkonkurrenz).

224) Zur Aktualität der Spezialität (Hirschberg S.41) ist außerdem die gleichzeitige Erfüllung von lex specialis und lex generalis erforderlich.

225) Hirschberg, S.49, Honig, Nachtat, S.98 f., 101, v.Liszt-Schmidt, S.343 f.

Alternativität. Es handelt sich also um Tatbestände, die im begriffslogischen Verhältnis der Heterogenität²²⁶⁾ stehen: Was unter den einen Tatbestand fällt, kann nicht unter den anderen subsumiert werden. Jede Konkurrenz, auch die Gesetzeskonkurrenz, setzt aber mindestens zwei formell erfüllte Tatbestände voraus. Deshalb ist diese Alternativität, die nur die Unvereinbarkeit der Tatbestände kennzeichnet, keine Form der Gesetzeskonkurrenz.²²⁷⁾ Soweit trotz dieser Alternativität eine Verwirklichung beider Tatbestände nacheinander möglich sein sollte^{227a)}, bliebe die Frage nach dem Verhältnis dieser erfüllten Tatbestände, die Frage nach der Verbrechenseinheit, offen. Diese Alternativität ist deshalb für unsere Untersuchung unbrauchbar.

Andere²²⁸⁾ sprechen von Alternativität bei Tatbeständen, die sie für gleichwertig halten. Sie meinen, daß die nach der Fassung der Tatbestände an sich mögliche Anwendung einer anderen Form der Gesetzeskonkurrenz zu einer vom Gesetzgeber sicher nicht gewollten Privilegierung des Täters führe; der Gesetzgeber habe übersehen, daß er den Verstoß gegen denselben Rechtsbefehl in beiden Tatbeständen vertyppt habe²²⁹⁾. Heute wird eine solche Alternativi-

226) Klug, S.403, 409

227) Schon Beling (L.v.V.S.305) hatte erkannt, daß bei dieser Alternativität kein Konkurrenzproblem auftaucht, "weil eben die Tatbestände hier gegen jede Konkurrenz intolerant sind". Doch noch Honig (Nachtat S.112) weigerte sich, die Alternativität aus der Gesetzeskonkurrenz herauszunehmen, weil sie dort "bereits eingebürgert" sei.

Wie Beling auch Baumann, Lehrb.S.510, Drechsler, S.22 Anm.8, Klug, S.402, 410, Köhler, Grenzlinien S.40 Anm.2, Maurach, AT S.638.

227a) Ablehnend Honig, Nachtat S.99 ff.

228) So z.B. Welzel S.206 im Anschluß an Binding, Handb. S.349 ff. und Grundriß AT S.77 f.

229) So Finger, S.377, Jagusch, LK Anm.C 3 vor § 73, s.Klug, S.410 ff.

tät noch zwischen den Tatbeständen der §§ 252 und 244 StGB angenommen^{229a)}, der Paradefall war das Verhältnis des § 104 StGB a.F., der die Gesandtenbeleidigung betraf, zu den §§ 185 ff. StGB. Die *lex specialis*, der § 104 a.F., enthielt merkwürdigerweise eine Privilegierung gegenüber den §§ 185 ff. hinsichtlich der oberen Grenze des Strafrahmens: Die tätliche Beleidigung eines Gesandten wäre bei Anwendung der Spezialitätsregel vom Ausschluß der *lex generalis* milder zu bestrafen gewesen als dieselbe Tat gegenüber einem gewöhnlichen Dritten. In diesem Fall ersetzte man deshalb die der Spezialität eigentümliche Unanwendbarkeit der *lex generalis* durch die Unanwendbarkeit des schwächeren Gesetzes. Dieses Verfahren war nicht auf das Spezialitätsverhältnis beschränkt²³⁰⁾.

Die Alternativität in dieser Form stellt sich somit als Korrektur der Regeln über die Spezialität, die Konsumtion und die Subsidiarität heraus. Soweit sie sich auf ein Spezialitätsverhältnis bezieht, ist sie für die Tatbestände des § 267 StGB, denen ein solches Verhältnis nicht zugrunde liegt, unbrauchbar. Aber auch bei Subsidiarität und Konsumtion darf ihre recht zweifelhafte Berechtigung²³¹⁾ erst geprüft werden, wenn feststeht, daß diese Formen der Gesetzeskonkurrenz eine befriedigende Lösung nicht ermöglichen.

c) Subsidiarität und Konsumtion

Angesichts des Streits um die Berechtigung der Unterscheidung zwischen Subsidiarität und Konsumtion, um die Abgren-

229a) So Welzel, S. 206. Bis vor kurzem galt auch das Verhältnis der §§ 311 StGB u. 5 Sprengstoffges. als Anwendungsfall dieser Alternativität. Nun hat das 7. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1.6.64 den § 5 Sprengstoffges. aufgehoben.

230) S. z.B. §§ 252 und 244

231) Wohl begründete rechtsstaatliche Bedenken bei Geerds, S. 224 ff.; Schmitt (S. 45) stimmt ihm zu. Gegen diese Konkurrenzform auch Baumann, Lehrb. S. 510, M.E. Mayer S. 502 Anm. 3

zung dieser Formen der Gesetzeskonkurrenz voneinander und von anderen Zuordnungsverhältnissen empfiehlt es sich, Subsidiarität und Konsumtion im Zusammenhang zu erörtern. Doch bevor wir versuchen können, § 267 StGB dem einen oder dem anderen Verhältnis zuzuordnen, müssen wir uns über das Wesen dieser Verhältnisse klar werden. Dabei werden wir alsbald feststellen, daß wir vor einem fast unübersehbaren, bunten Strauß konkurrierender Sondermeinungen stehen. Eine Darstellung und Kritik all dieser Auffassungen ist aber nicht nötig; es lassen sich nämlich größere Gruppen bilden. Auf die Darstellung dieser großen Gruppen kann allerdings nicht verzichtet werden: Nur aus der Einsicht in die historische Begriffsbildung beider Formen der Gesetzeskonkurrenz gewinnen wir die Erkenntnis ihres Wesens.

(1) Der Streit um die Berechtigung der Unterscheidung

Zur Konstruktion einer (stillschweigenden) Subsidiarität gab der Gesetzgeber den Anstoß dadurch, daß er verschiedentlich selbst ausdrücklich eine Subsidiarität anordnete (vgl. z.B. §§ 248b, 265a)²³²⁾.

Der Konsumtion ist in der Geschichte der Konkurrenzlehre ein seltsames Schicksal widerfahren. Das gemeine Recht kannte zwar diesen Ausdruck, verwendete ihn jedoch bei Erörterung der Anwendbarkeit mehrerer Strafmittel nebeneinander²³³⁾. In die Lehre von den anzuwendenden Tatbeständen ist die Konsumtion erstmals von Binding²³⁴⁾ eingeführt worden. Ein Vierteljahrhundert später sprach man²³⁵⁾ schon von einem "von der herrschenden Meinung prinzipiell anerkannten Institut der Konsumtion, das sich trotz seiner Jugend bereits die Eigenschaft erkämpft hat, eiserner Bestand zu sein". Ein knäppes weiteres Vierteljahrhundert danach be-

232) Vgl. Rittmann, S.26, 32 (oben)

233) S.v.Alberti, GS 76,250 ff, 251

234) Handb. S.363

235) v.Alberti a.a.O.

zeichnete von Hippel²³⁶⁾ den "Fall der sog. Konsumtion" als unklar und "entbehrlich"²³⁷⁾.

Die Existenz eines besonderen Zuordnungsverhältnisses der Konsumtion neben Subsidiarität und Spezialität wurde in der folgenden Zeit immer wieder auf verschiedene Art geleugnet. So faßten einige²³⁸⁾ Spezialität, Subsidiarität, straflose Vor- und Nachtat, andere²³⁹⁾ Subsidiarität, der Subsidiarität "ähnliche Verhältnisse" und die straflose Vor- bzw. Nachtat unter der gemeinsamen Bezeichnung Konsumtion zusammen. Auch wurde die Konsumtion allein²⁴⁰⁾ oder zusammen mit der Spezialität²⁴¹⁾ der Subsidiarität untergeordnet. Umgekehrt wurde sie auch als Sonderart der Spezialität - im Gegensatz zur Subsidiarität - bezeichnet²⁴²⁾.

(2) Der Streit um die Abgrenzung von Subsidiarität und Konsumtion

Doch auch soweit man die Konsumtion als eigenständige Form der Gesetzeskonkurrenz neben Spezialität und Subsidiarität anerkannte, konnte man sich über ihr Wesen, ihren Inhalt nicht einigen. Am Ende mancher Arbeit über diese Konkurrenzform stand die resignierte Feststellung flüssiger Grenzen²⁴³⁾.

Unstreitig war nur, daß Subsidiarität und Konsumtion nur durch eine die Intentionen des Gesetzgebers berücksichtigende, wertende Betrachtungsweise festgestellt werden

236) Lehrb. S.175

237) So später auch Klug, S.415, Schönke-Schröder § 73 Rdn.77

238) Z.B. Kohlrausch-Lange, Anm. III vor § 73

239) Z.B. Mezger-Blei I, S.271 ff.

240) So Köhler, Grenzlinien S.88 und Strafrecht S.553

241) So Beling, Grundzüge S.75

242) Hirschberg, S.34 ff., 45 f.

243) S. z.B. Drechsler S.11

können²⁴⁴⁾). Der Grund für die Tatbestandsverdrängung sei bei beiden Konkurrenzformen nicht in der Logik, sondern in der Teleologik zu suchen. Die Identität des metatatbestandlichen Rechtsgutes²⁴⁵⁾, zumindest ein zwischen den einzelnen Rechtsgütern bestehender Funktionszusammenhang²⁴⁶⁾ sei Subsidiarität wie Konsumtion eigentümlich. Der verdrängende Tatbestand bezwecke den vollständigeren Rechtsgüterschutz, so daß der Unrechtsgehalt des verdrängten Tatbestandes im verdrängenden enthalten sei. Vereinzelt wurde auch gefordert, daß neben dem Unrechtsgehalt des verdrängten Tatbestandes auch der in ihm "vertyppte Schuld- und Gefährlichkeitsgehalt berücksichtigt" werde²⁴⁷⁾.

Von dieser gemeinsamen Grundlage ausgehend haben sich verschiedene Auffassungen zur Abgrenzung zwischen Subsidiarität und Konsumtion entwickelt. Es zeigt sich nun, daß - bei möglicher und unschädlicher Vergrößerung - sich die dazu vertretenen Meinungen in zwei Gruppen einteilen lassen. Dabei werden wir sehen, daß die Vertreter der einen Gruppe die Subsidiarität gleichsam als Spezialfall der Konsumtion behandeln, während die Vertreter der zweiten Gruppe umgekehrt die Konsumtion gegenüber der Subsidiarität mit spezialisierenden Merkmalen versehen, so daß dann die

244) Jescheck, S.534 f., Mezger-Blei I, S.271, Warda, S.90 f.

245) Gelbert, Tat, S.IX, 7, 27 ff., Honig, Nachtat, S.VI, 73, ebenso RG 53, 257.- Hirschberg spricht bei der Konsumtion mißverständlich von einer künstlichen Rechtsgutsidentität (S.45). Eine sachliche Besonderheit soll durch diesen Ausdruck jedoch nicht begründet werden.- Rittmann ersetzt Rechtsgut durch Gemeinschaftspflicht (S.49 f.); wie er selbst a.a.O. nachweist, ist diese "Akzentverlagerung" in der Lehre von der Gesetzeskonkurrenz ohne Bedeutung.

246) Jescheck, S.535, Rittmann, S.52

247) Schmitt, S.48, 51 (Unterstreichungen vom Verf.), Gelbert, Tat, S.28

Subsidiarität notwendig subsidiär gegenüber der Konsumtion ist²⁴⁸⁾.

Die Besonderheit der Subsidiarität besteht nach Frank²⁴⁹⁾, Honig²⁵⁰⁾, Jescheck²⁵¹⁾, M.E.Mayer²⁵²⁾, Rittmann²⁵³⁾ und Warda²⁵⁴⁾ darin, daß bei ihr die mehreren, formell erfüllten Tatbestände dasselbe Rechtsgut in verschiedenen Angriffsstadien schützen. Tatbestände, die einander subsidiär sind, vertypen verschieden starke, verbrecherische Intensitäten mit gleicher Angriffsrichtung.

Die Besonderheit der Konsumtion ist nach Baumann²⁵⁵⁾, Jagusch²⁵⁶⁾, Sauer²⁵⁷⁾, Schmitt²⁵⁸⁾, Warda²⁵⁹⁾ und Welzel²⁶⁰⁾, die sich der Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen haben, in der Kriminalphänomenologie begründet²⁶¹⁾. Während das Reichsgericht anfangs Konsumtion nur annahm, wenn der verdrängte Tatbestand "notwendig und

248) So Schmitt S.51

249) § 73 Anm. VII 2 b

250) Nachtat, S.65,113

251) S.534 f.

252) S.512 ff.

253) S.27; vgl. aber S.28 (Subsidiarität auch bei Handlungseinheit) und - im Widerspruch dazu - S.44 (Subsidiarität nur bei Handlungsmehrheit)

254) S.91

255) Lehrb. S.508 und MDR 59,11 f.

256) LK Anm.C 4 vor § 73

257) Strafrechtslehre, S.239

258) S.50. Die Unterscheidung zwischen Subsidiarität und Konsumtion dient ihm jedoch "nur zur Erleichterung der Rechtsanwendung" (a.a.O.S.55)

259) S.90 (r.Sp.)

260) S.206

261) Nicht ganz konsequent ist Geerds. Während er auf S.203 behauptet, daß für die Konsumtion, der er die straflose Vor-,Nach- und Begleittat zuordnet, der

stets" in den verdrängenden enthalten ist²⁶²⁾, hat es in späteren Entscheidungen nur gefordert, daß "der eine Tatbestand zwar nicht begriffsnotwendig und daher ausnahmslos, wohl aber regelmäßig einen anderen Tatbestand mitumfaßt"²⁶³⁾ oder aber daß der eine "das regelmäßig anzuwendende Mittel zur Regelung"²⁶⁴⁾ des anderen ist. Unter Berücksichtigung des gemeinsamen Grundes für Subsidiarität und Konsumtion: der metatatsbestandlichen Rechts-^{guts-} und Unrechtsidentität, ergänzen Jagusch²⁶⁵⁾ und Welzel²⁶⁵⁾ diese Formel. Sie nehmen Konsumtion an, wenn der Unrechtsgehalt des einen Tatbestandes typischerweise den Unrechtsgehalt des anderen Tatbestandes umfaßt.

Allen Modalitäten des § 267 StGB liegt dasselbe Rechtsgut zugrunde²⁶⁶⁾. Fälschung und Gebrauch sind zwei Entwicklungsstadien einer Rechtslageänderung, einer Gefährdung des Beweisverkehrs, wobei der Gebrauch den intensiveren

Unrechtsgehalt in seiner konkreten kriminalistischen Erscheinungsform maßgebend sei, und deshalb auch auf S.217 für die Begleittat Typizität fordert, kennt er dieses Erfordernis bei der straflosen Vor- bzw. Nachtat nicht (S.208,222). Folgerichtig nimmt Schmitt (S.55), der sich Geerds insoweit anschließt, dann auch bei strafloser Vor- und Nachtat nicht Konsumtion, sondern Subsidiarität an.

262) RG 24,201 f.,202, ebenso Frank,§ 243 Anm.III 2c (a.E.), Meister, S.27 f. Vereinzelt taucht in neueren Entscheidungen (z.B. BGH 3,289 ff.,292, OLG Oldenburg HEST 2,312 ff.,313) wieder diese alte Begriffsbestimmung des RG auf. Der BGH hat freilich a.a.O. die Begründung von RG 68,204 ff.,206 mißverstanden: Das RG prüft a.a.O. die Regelmäßigkeit, nicht die Notwendigkeit.

263) RG 67,130 ff.,142(Unterstreichung vom Verf.)
ebenso RG 40,430 ff.,431

264) RG 59,321 ff.,325 (Unterstreichung vom Verf.)
nur im Ergebnis, nicht in der Begründung abweichend
RG 68,204 ff.,206

265) a.a.O.

266) s.oben S. 14 f.

und daher gefährlicheren Angriff enthält. Deshalb müßten die Vertreter der ersten Gruppe bei § 267 StGB zwischen Herstellung und Gebrauch ein Subsidiaritätsverhältnis annehmen.

Andererseits beabsichtigt der Täter des Herstellungstatbestandes die Täuschung im Rechtsverkehr, er will also das herzustellende Falsifikat einem Dritten zugänglich machen. Damit aber ist typische Nachtat²⁶⁷⁾ des Herstellens dieser - schon im objektiven Teil des Herstellungstatbestandes berücksichtigte - Gebrauch. Umgekehrt ist der Nachweis schon schwieriger. Doch auch hier wird man wohl sagen können, daß dem Gebrauch des Falsifikats in den meisten Fällen die Herstellung desselben vorausgeht, die Herstellung also regelmäßige Vortat ist. Somit müßten die Vertreter der zweiten Gruppe ein Konsumtionsverhältnis zwischen Herstellung und Gebrauch annehmen.

Dieses Ergebnis²⁶⁸⁾ befriedigt nicht. Es zeigt uns aber, daß entweder kein Unterschied zwischen Konsumtion und Sub-

267) Wer glaubt, Typizität und Regelmäßigkeit sei nur bei der Begleittat möglich (so offensichtlich Schmitt, S.54 f., ebenso H.Mayer, S.413), übersieht, daß die Vorwegnahme des Gebrauchs im subjektiven Teil des Herstellungstatbestandes die Typizität der Gebrauchsnachtat verbürgt. Geerds, auf den sich Schmitt a.a.O. beruft, erkennt auf S.222 wenigstens an, daß Vor- und Nachtat vielfach typische Begleiterscheinungen der Haupttat sind. Baumann (MDR 59,11 f.) will gerade durch eine starke Betonung der typischen Nachbegehung bei der straflosen Nachtat die von ihm erstrebte einheitliche Betrachtung der unechten Ideal- und Real-konkurrenz erreichen.

268) Zum gleichen Ergebnis kommt Baumann, Lehrb.S.527.- Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, daß die Fälle der straflosen Vor- und Nachtat verschiedentlich der Subsidiarität (so z.B. H.Mayer S.413, Schmitt S.55), oft aber auch der Konsumtion (so z.B. Geerds, S.205 ff. und von Honig (Nachtat S.115) beiden Formen der Gesetzeskonkurrenz untergeordnet werden.

sidiarität besteht oder aber nur geeignete Abgrenzungsmerkmale fehlen. Die zweite Frage kann nicht vor der ersten beantwortet werden.

2. Rechtsgrund und Voraussetzungen der Gesetzeskonkurrenz

Bei der Gesetzeskonkurrenz geht es um die Beschränkung des Staates auf eine einheitliche Strafberechtigung, um die Feststellung einer Verbrechenseinheit²⁶⁹⁾. Da dabei formell verschiedenartige Tatbestände zu berücksichtigen sind, kann diese Einheit nur eine metatatabbestandliche sein²⁷⁰⁾. Hinter jedem Tatbestand aber steht das durch ihn geschützte Rechtsgut²⁷¹⁾.

Schon John²⁷²⁾ hatte behauptet, daß die "Fälle falscher Konkurrenz" "das gemeinschaftliche Kennzeichen" haben, "daß immer nur ein Recht in verbrecherischer Weise angegriffen ist" und daß "jede wahre Verbrechenkonkurrenz voraussetzt", "daß mehrere Rechte angegriffen sind". Wie sich aus den diesen Aussagen vorstehenden Ausführungen Johns ergibt, verstand er unter "Recht" ungefähr das, "was die Theorie vom materiellen Rechtsgutsbegriff²⁷³⁾ als Rechtsgut bezeichnet. Später meinte dann auch Habermas²⁷⁴⁾, "daß eine Konkurrenz von Delikten begrifflich stets da ausgeschlossen ist, wo nur ein Rechtsgut verletzt ist". Im Gegensatz dazu hielt Köhler²⁷⁵⁾ das Rechtsgut zur Grenz-

269) S.oben S. 7 ff.

270) S.oben S. 55, insbes.Anm.245

271) Ausführlich zur Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsgut s.oben S. 17 f.
Zum Begriff des Rechtsguts s.oben S. 14 f. u.Anm.245

272) GA 3(1855),504

273) S.dazu oben S. 14 f.
und Baumann, Lehrb. S.109 f.

274) a.a.O. S.2

275) Grenzlinien, S.64 ff.

ziehung zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz für ungeeignet. Da "der Begriff des einzelnen Rechtsgutes" "vom Gesetzgeber durchaus nicht immer selbst gegeben" werde, bestünde keine "allgemein gültige, feste Grenze in der Detaillierung"²⁷⁶⁾. Deshalb könnten "zwei Strafgesetze bald zu einem, bald zu verschiedenen Rechtsgütern gezählt werden"²⁷⁷⁾. Auch sei bei einer Mehrheit verletzter Rechtsgüter nicht immer Verbrechensmehrheit gegeben, "da auch in einem Strafgesetz eine Mehrheit von Rechtsgütern ihren Schutz finden kann"²⁷⁷⁾. Drittens könne schließlich auch bei einem Rechtsgut, falls dasselbe mehrfach verletzt werde, Verbrechensmehrheit z.B. in Form der gleichartigen Idealkonkurrenz gegeben sein²⁷⁸⁾.

Doch alle drei Bedenken rechtfertigen nicht die grundsätzliche Mißachtung des Rechtsguts zur Feststellung einer Gesetzeskonkurrenz.

So ist es zwar richtig, daß die Rechtsgutsbestimmung durch den historischen Gesetzgeber nicht immer klar erkennbar und im Wandel der Zeiten auch nicht immer gleich gültig ist und daß deshalb der Rechtsgutsbegriff verschieden weit gefaßt werden kann. Aber dadurch wird doch nicht die Feststellung einer Einheit und Gleichheit unmöglich: Wird der Rechtsgutsbegriff verengt oder erweitert, so muß das selbstverständlich für alle Tatbestände gelten, die dieses Rechtsgut schützen.

Köhler ist auch zuzugeben, daß in einem Tatbestand die Verletzung mehrerer Rechtsgüter vertypt sein kann. Das zeigen uns die zusammengesetzten Tatbestände (z.B. § 249 StGB) und die Qualifikationen (z.B. § 243 Abs.1 Nr.1 StGB: zusätzlicher Schutz bestimmter Örtlichkeiten). Insofern sind die oben zitierten Ausführungen von John und Habermaas sicher mißverständlich und ist Köhlers Kritik²⁷⁹⁾

276) a.a.O. S.65 f.

277) a.a.O. S.66

278) a.a.O. S.67

279) a.a.O., insbes. S.66 Anm.3

an diesen Autoren gerechtfertigt. Aber auch dadurch erweist sich der Rechtsgutsbegriff noch nicht als ungeeignet: Bei einer Tatbestandseinheit ist jede Konkurrenz, auch eine Gesetzeskonkurrenz, die formell mehrere Tatbestände voraussetzt, ausgeschlossen. Die Verbrechenseinheit beruht dabei auf der Tatbestandseinheit, nicht auf einer Gesetzeskonkurrenz. Für die Frage nach der Tatbestandseinheit aber ist in diesen Fällen (zusammengesetzter Tatbestand, Qualifikation) die Anzahl der verletzten Rechtsgüter unbeachtlich.

Auch Köhlers dritter Einwand kann nicht die grundsätzliche Bedeutung des Rechtsguts für die Grenzziehung zwischen Verbrechenseinheit und -mehrheit erschüttern; dieser Einwand weist jedoch darauf hin, daß zur Feststellung einer Verbrechenseinheit nicht allein die Rechtsgutsidentität genügt. Zwar handelt es sich bei gleichartiger Real- und Idealkonkurrenz um dasselbe Rechtsgut, dieses aber ist verschieden oft, u.U. gegenüber verschiedenen Rechtsgutsträgern verletzt worden. Diese mehrfachen Verletzungen²⁸⁰⁾ desselben Rechtsgutes bewirken mehrfaches Unrecht und vielfache Schuld.- Ein anderes, von Maurach²⁸¹⁾ angeführtes Beispiel ist das Verhältnis zwischen den §§ 180 Abs.1 und 181 Abs.1 StGB. § 180 Abs.1 schützt Sitte und Anstand, § 181 Abs.1 daneben noch die verkuppelte Person. Würde sich die Gesetzeskonkurrenz nur nach dem Rechtsgut bestimmen, müßte der § 181 Abs.1, der auch das Rechtsgut des § 180 Abs.1 schützt, den § 180 Abs.1 im Wege der Gesetzeskonkurrenz ausschließen. Dann aber wäre der besondere, durch Gewohnheitsmäßigkeit und Eigennutz begründete Unrechts- und Schuldgehalt des § 180 Abs.1 nicht ausge-

280) Diese Mehrheit der Verletzungen betont Rittmann, S.53. Er begründet a.a.O. jedoch nicht, warum diese Verletzungsmehrheit einer Rechtsgutsmehrheit gleichzusetzen ist.

281) JZ 62,563

schöpft²⁸²⁾. Deshalb nimmt die Rechtsprechung²⁸³⁾ richtig Verbrechensmehrheit an.- Schließlich sei noch an das Verhältnis des konkreten Verletzungsdelikts (z.B. § 223 Abs.1 StGB) zum abstrakten Gefährdungsdelikt (z.B. § 227 Abs.1 StGB) erinnert²⁸⁴⁾. Versteht man unter dem Rechtsgut ein Gut der Rechtsgemeinschaft, nicht nur ein solches des einzelnen²⁸⁵⁾, so liegt beiden Tatbeständen dasselbe Rechtsgut zugrunde. Der Angriff auf dieses Rechtsgut ist beim konkreten Verletzungsdelikt intensiver, beim abstrakten Gefährdungsdelikt extensiver. Jeder Unrechtsgehalt geht über den anderen hinaus, keiner ist im anderen enthalten. Nur bei Annahme einer Verbrechensmehrheit wird der Unrechtsgehalt beider Delikte voll ausgeschöpft. Alle Beispiele haben gezeigt, daß die Frage nach der Gesetzeskonkurrenz nicht nur mit Hilfe des Rechtsguts gelöst werden kann²⁸⁶⁾.

Wir suchen die metatatabestandliche Verbrechenseinheit. Zum materiellen Gehalt eines Verbrechens gehört auf der objektiven Seite das Unrecht und auf der subjektiven Seite die Schuld. Eine sorgfältigere Bestimmung des Verbrechensgehalts ist für unsere Aufgabe nicht nötig.- Eine Verbrechenseinheit ist somit nur möglich, wenn sich auf der objektiven Seite die Unrechts- und auf der subjektiven Seite die Schuldgehalte decken²⁸⁷⁾²⁸⁸⁾. Der Staat

282) Das übersieht Mezger, LK § 180 Anm.9

283) BGH NJW 56,312, zustimmend Schönke-Schröder, §181 Rdn.14, zweifelnd Maurach, BT S.438

284) S. Maurach, JZ 62,563

285) So Mezger-Blei I S.103, Maurach, JZ 62,563, ungenau Geerds S.213 und RG 73,198 ff.,202

286) So Geerds S.164, Maurach, AT S.637 f. und JZ 62, 562 f., Schmitt S.48

287) So Beling (Grundzüge 8./9.Aufl.,1925,S.104) für die unechte Idealkonkurrenz, von Honig (Nachtat,S.80) zu Recht auch auf die unechte Realkonkurrenz ausge-

hat dann nur eine Strafberechtigung, weil der Unrechts- und Schuldgehalt aller Tatbestandserfüllungen durch eine Strafe voll ausgeschöpft wird²⁸⁹⁾.

Umfang und Anzahl der verletzten Rechtsgüter prägen das Unrecht der Tat. Sie prägen auch ihren Schuldgehalt: die Stärke und Anzahl der inneren Hemmungen des Täters²⁹⁰⁾. Deshalb ist das Rechtsgut bei der Bestimmung des materiellen Verbrechensgehalts und damit bei der Frage nach der Gesetzeskonkurrenz mit zu berücksichtigen. Deshalb ist es aber auch nur mit zu berücksichtigen. Unrecht und Schuld werden - wie wir oben gesehen haben - nicht allein durch das Rechtsgut bestimmt²⁹¹⁾.

So bewirken qualitativ verschiedene Rechtsgüter verschiedenes Unrecht und verschiedene Schuld, so daß die Annahme einer Verbrechenseinheit ausgeschlossen ist. Wir hatten aber auch schon gesehen²⁹²⁾, daß die Umkehrung dieses Satzes nicht gilt: Auch bei gleichem Rechtsgut war verschiedenes Unrecht und verschiedene Schuld möglich. Bei nur "quantitativ" verschiedenen Rechtsgütern (z.B. Leib und Leben) ist der Angriff auf das stärkere Rechtsgut unrechts- und schuldintensiver als der Angriff auf das schwächere. Ist die Extensität²⁹³⁾ des Angriffs auf das

dehnt; ebenso Gelbert, Tat, S.28, Hirschberg, S.39
Anm.8, Schmitt S.48

288) Dadurch wird jedoch nicht die "verdeckte" Tatbestandserfüllung rechtmäßig und schuldfrei (im Ergebnis ebenso Gelbert, Tat, S.20); ihr Unrechtsgehalt ist nur schon an anderer Stelle berücksichtigt, nicht beseitigt.

289) So Baumann, Lehrb. S.506

290) S. Rittmann S.54

291) S.o. Anm.286. Ungenau Rittmann S.54: "Der Einheit der Schutzobjekte im allgemeinen entspricht die Identität des Unrechts- und Schuldgehalts im Einzelfall".

292) Oben S. 61 f.

293) S.oben S. 62 zum konkreten Verletzungsdelikt und abstrakten Gefährdungsdelikt.

stärkere Rechtsgut nicht geringer als die des Angriffs auf das schwächere Rechtsgut, so sind im Verbrechensgehalt des intensiveren Angriffs Unrecht und Schuld des weniger intensiven Angriffs enthalten. Bei diesen Verbrechenseinheiten hat der Staat nur die Strafberechtigung aus dem Tatbestand, der das stärkere Rechtsgut schützt²⁹⁴⁾: Durch die Strafe für die stärkere Intensität wird die schwächere mit abgegolten. Aus diesem Intensitätsverhältnis ergibt sich hier das Verhältnis der Tatbestände.

Verschiedentlich²⁹⁵⁾ wird Gesetzeskonkurrenz auch dann angenommen, "wenn die Schutzobjekte zwar" qualitativ "verschieden sind"²⁹⁶⁾, aber in einem besonders engen "Funktionszusammenhang"²⁹⁷⁾ zueinander stehen. Als Beispiele werden Eigentum und Gewahrsam bei § 243 Abs.1 Nr.2 StGB einerseits und das Hausrecht bei § 123 Abs.1 StGB andererseits genannt. Die herrschende Lehre²⁹⁸⁾ nimmt zwischen beiden Tatbeständen ein Konsumtionsverhältnis an.- Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß in § 243 Abs.1 Nr.2, soweit die in diesem Zusammenhang interessierenden Modalitäten in Betracht kommen, neben dem Eigentum auch das Hausrecht, das einen besonders starken Gewahrsam begründet, geschützt ist²⁹⁹⁾. Da § 243 Abs.1

294) So auch Drechsler S.29, Honig, Nachtat S.67, Rittmann S.51 f., 58, RG 53, 257 (zu §§ 125 und 360 Abs.1 Nr.11 StGB).

295) Jescheck S.535, Rittmann S.52

296) So Rittmann a.a.O.

297) So Jescheck a.a.O.

298) A.A. Maurach, BT S.212 und Frank, § 243 Anm.III 2c. (Frank lehnt Konsumtion allerdings deshalb ab, weil "Fälle denkbar sind, bei denen trotz Erbrechen eine Sachbeschädigung nicht begangen wird". Siehe dazu oben S.56 f.).

299) Das übersieht Maurach a.a.O., AT S.637 und JZ 62, 562

Nr.2 StGB somit im angegebenen Umfang das Rechtsgut des § 123 Abs.1 StGB mitschützt, ist schon wegen dieser Teilidentität des Rechtsgüterschutzes, wegen dieser teilweisen Funktionsidentität Gesetzeskonkurrenz gegeben. Die besondere Konstruktion eines Funktionszusammenhanges ist deshalb nicht nur überflüssig, sondern falsch; sie verschleiern den Blick auf das Wesentliche: die durch die Berücksichtigung des Rechtsguts begründete Einheit von Unrecht und Schuld.

Diese Einheit von Unrecht und Schuld ist Voraussetzung der Konsumtion. Für die Subsidiarität könnte man mit Rücksicht auf gewisse ausdrückliche Subsidiaritäten³⁰⁰⁾ an der Geltung dieses Grundsatzes zweifeln. Bei den Fällen der ausdrücklichen Subsidiarität kann es wohl vorkommen, daß ein durch die lex subsidiaria geschütztes Rechtsgut nicht in den Schutzbereich der lex primaria einbezogen ist, so daß der Unrechts- und Schuldgehalt beider Tatbestandsverwirklichungen ein verschiedener ist. Doch diesen ausdrücklichen Subsidiaritäten kann kein allgemeines Prinzip für die Gesetzeskonkurrenz entnommen werden; sie finden ihre Rechtfertigung allein in der gesetzlichen Regelung. Haben die Tatbestände, zwischen denen der Gesetzgeber ein Subsidiaritätsverhältnis ausdrücklich angeordnet hat, verschiedene Unrechtsgehalte, so hat der Staat auf eine an sich gegebene mehrfache Strafberechtigung verzichtet; der Gesetzgeber hat in diesen Fällen die Subsidiarität gerade deshalb ausdrücklich angeordnet, weil sie sich nicht von selbst ergibt. Fehlt eine solche Anordnung, so müssen alle Strafberechtigungen festgestellt und dem Staat zuerkannt werden. Deshalb ist es verfehlt, bei der Suche nach dem Wesen der sogenannten stillschweigenden Subsidiarität von den gesetzlich geregelten Subsidiaritätsfällen auszugehen³⁰¹⁾. Die stillschweigende Subsidiarität

300) Vgl. z.B. §§ 170d und 223b StGB (Bsp. von Maurach, AT S.637)

301) So aber Rittmann S.26

kann nur durch eine Auslegung ermittelt werden³⁰²⁾, deren Ziel die Feststellung von Strafberechtigungen ist. Diese Strafberechtigungen aber knüpfen an Verbrechenseinheiten an, die die Einheit des Unrechts und die Einheit der Schuld zur Voraussetzung haben.

3. Die behaupteten Unterschiede zwischen Subsidiarität und Konsumtion

Wie wir gesehen haben³⁰³⁾, wird als Besonderheit der Subsidiarität die Verschiedenheit der Angriffsstadien, die Steigerung der verbrecherischen Intensitäten in gleicher Angriffsrichtung bezeichnet.

M.E.Mayer³⁰⁴⁾ und Honig³⁰⁵⁾ konnten sich diese Besonderheit nur in einer zeitlichen Aufeinanderfolge, also nur bei Handlungsmehrheit vorstellen. Honig³⁰⁶⁾ nahm - auch bei Handlungsmehrheit - Konsumtion dann an, wenn der verdrängende Tatbestand einen vollständigeren Rechtsgüterschutz enthält. Da der Rechtssatz, der das gefährlichere Angriffsstadium unter Strafe stellt, den vollständigeren Rechtsgüterschutz gewährt, bestand eigentlich der einzige Unterschied zwischen Konsumtion und Subsidiarität bei Honig darin, daß Konsumtion auch bei Handlungseinheit möglich war. Drechsler³⁰⁷⁾, der dies schon erkannte, begnügte sich jedoch mit der resignierten Feststellung flüssiger Grenzen, ohne - was folgerichtig gewesen wäre - die Unterscheidung für die Fälle der Handlungsmehrheit, für die straflose Vor- und Nachtat, ganz aufzugeben.

302) So auch Rittmann S.27

303) S. oben S. 56

304) S.514

305) Nachtat S.31

306) a.a.O. S.65,113

307) S.11 i.V.m. S.9

Erkennt man aber³⁰⁸⁾, daß auch Tatbestände, die in einer Handlungseinheit verwirklicht werden, verschieden starke verbrecherische Intensitäten vertypen können, und nennt ihr Zuordnungsverhältnis Subsidiarität³⁰⁸⁾, so hat man auch diesen Unterschied aufgegeben. Der dann zur Definition der Subsidiarität verbleibende Rest unterfällt auch der Begriffsbestimmung der Konsumtion: Das verdrängende Gesetz gewährt den vollständigeren Rechtsgüterschutz, weil es die größere verbrecherische Intensität erfaßt. Damit aber sind wir bei der Definition der Gesetzeskonkurrenz angelangt, bei der Einheit des Unrechts und der Einheit der Schuld.

Somit ergibt sich, daß die behauptete Besonderheit der Subsidiarität nicht besteht. Andere Besonderheiten sind nicht ersichtlich.

Die Besonderheit der Konsumtion wird³⁰⁹⁾ der Kriminalphaenomenologie entnommen. Diese Form der Gesetzeskonkurrenz sei durch eine zwar nicht notwendige, aber regelmäßige Mit-, Vor- oder Nachverwirklichung des verdrängten Tatbestandes gekennzeichnet.

Schon Lent³¹⁰⁾ und Honig³¹¹⁾ hatten festgestellt, daß bei Konsumtion und Subsidiarität - anders als bei der Spezialität - die Verwirklichung des verdrängenden Tatbestandes nicht notwendig die Erfüllung des verdrängten Tatbestandes voraussetzt. Bei der Spezialität ist die Notwendigkeit der Mitverwirklichung in der Teilidentität der Tatbestände begründet. Diese Teilidentität fehlt bei Konsumtion und Subsidiarität; insoweit besteht also kein

308) So später z.B. Rittmann S.28 (anders aber (Widerspruch!) S.44) und Warda S.91 (für das Zusammen treffen mehrerer, verschieden starker Qualifizierungen desselben Grundtatbestandes)

309) S. oben S.56 f.

310) S.36

311) Nachtat S.73

Unterschied zwischen Subsidiarität und Konsumtion.

Die an die Konsumtion gestellte Anforderung der Regelmäßigkeit einer Mitverwirklichung ist - wie sich besonders deutlich bei Köhler³¹²⁾ zeigt - die Folge einer Anlehnung an die Spezialität. Die Spezialität galt als unbestreitbarer Fall einer Gesetzeskonkurrenz. Bei ihr war der verdrängte Tatbestand notwendiger Bestandteil des verdrängenden. War er bei der Konsumtion schon nicht sein notwendiger, so mußte er doch wenigstens sein regelmäßiger Bestandteil sein. Dieser Gedankengang spiegelt sich in der oben³¹³⁾ geschilderten Geschichte der Reichsgerichtsrechtsprechung zur Konsumtion. Soweit man dann Konsumtion auch bei Handlungsmehrheit annahm, sprach man vom regelmäßigen Mittel oder von der regelmäßigen Nachtat³¹⁴⁾.

Aber schon das Verhältnis der §§ 146, 267 StGB zu § 263 StGB zeigt, daß die Regelmäßigkeit der Mit-, Vor- oder Nachverwirklichung die Annahme einer Gesetzeskonkurrenz nicht begründen kann³¹⁵⁾. Sie kann als Folge einer Einheit des Unrechts und der Schuld eine "mögliche äußere Erscheinungsform"³¹⁶⁾ dieser Verbrechenseinheit sein und als solche einen gewissen Hinweis auf eine mögliche Gesetzeskonkurrenz geben. Aber auch dann läßt sie den eigentlichen Grund für das Zurücktreten nicht erkennen. Eine Einheit des Unrechts und der Schuld ist jedenfalls auch zwischen Tatbeständen möglich, die nicht regelmäßig mit-, vor- oder nachverwirklicht werden. Deshalb ist die Regelmäßigkeit weder ein zwingendes Merkmal noch eine

312) Grenzlinien S. 60 f.

313) S. 57

314) S. oben Anm. 264

315) A. A. aber offensichtlich Frank, § 263 Anm. XI 1 (widersprüchlich § 271 Anm. IX), Köhler, Grenzlinien S. 111; dagegen zu Recht Honig, Nachtat S. 16, Merkel, JW 26, 2686 f., 2687, Rittmann S. 43

316) Rittmann S. 46, 36, RG 68, 136 ff., 148

notwendige Voraussetzung der Konsumtion und der Gesetzeskonkurrenz überhaupt³¹⁷⁾.

Auch für die Konsumtion haben wir damit nachgewiesen, daß die behaupteten Besonderheiten nicht bestehen. Andere Besonderheiten haben sich nicht gezeigt.

Wir haben festgestellt, daß Subsidiarität und Konsumtion zur gemeinsamen Voraussetzung die Einheit des Unrechts- und des Schuldgehalts haben³¹⁸⁾. Besondere Eigenschaften eines dieser Zuordnungsverhältnisse konnten wir nicht finden. Damit ergibt sich, daß zwischen Subsidiarität und Konsumtion kein für die Gesetzeskonkurrenz wesentlicher Unterschied besteht, daß es sich vielmehr nur um verschiedene Bezeichnungen für dieselbe Sache handelt. Die lex primaria konsumiert die lex subsidiaria und die lex consumata ist subsidiär gegenüber der lex consumens³¹⁹⁾³²⁰⁾. Diese verschiedenen Bezeichnungen täuschen einen nicht bestehenden Unterschied vor und sind damit irreführend. Gerade darum kann aber die Unterscheidung auch nicht mit einer "Erleichterung der Rechtsanwendung" gerechtfertigt werden.³²¹⁾

317) So RG a.a.O.

318) S.65 f.(siehe dort auch zur ausdrücklichen Subsidiarität)

319) So Rittmann S.32

320) Wenn dabei von Konsumtion und Subsidiarität gesprochen wird, so soll damit nicht nur auf die subsidiäre Geltung oder die konsumierende Kraft der Straffolge hingewiesen werden; das sind nur die Folgen der Gesetzeskonkurrenz (Honig, Nachtat S.35, Rittmann S.60, Schönke-Schröder, Rdn.67 vor § 73). Die Aufzählung vollzieht sich schon eine Stufe davor (so Rittmann a.a.O.), bei der Mitabgeltung des Unrechts- und Schuldgehalts, bei dem "nur aushilfsweise Geltenwollen" der Tatbestände (so Honig S.39)

321) A.A. aber Schmitt S.55, s.auch v.Hippel, Deutsches Strafrecht II, S.550 ("systematische Hilfsbegriffe")

Wir geben deshalb diese Unterscheidung auf und sprechen einheitlich von der Gesetzeskonkurrenz, als deren Grundlage wir die Einheit des Unrechts- und die Einheit des Schuldgehalts entdecken.

Die Spezialität hatten wir als Sonderform der formalen Tatbestandseinheit erkannt³²²⁾; die Unanwendbarkeit der lex generalis ergab sich schon aus der einseitigen Tatbestandsidentität. Die Spezialität kann deshalb der Gesetzeskonkurrenz, die von einer formalen Verschiedenheit der erfüllten Tatbestände ausgeht und die Verbrechenseinheit nur über die Einheit des Unrechts und die Einheit der Schuld begründen kann, nicht zugeordnet werden.

4. Die Anwendung der gewonnenen Erkenntnisse auf § 267 StGB

Dem Herstellungs- und dem Gebrauchstatbestand liegt dasselbe Rechtsgut zugrunde³²³⁾. Deshalb ist zwischen beiden Tatbeständen Gesetzeskonkurrenz möglich; der Unrechts- und Schuldgehalt des einen Tatbestandes müßte im anderen enthalten sein.

Doch welche Merkmale des § 267 StGB begründen das Unrecht, welche die Schuld? Diese Frage stellt sich bei allen Delikten mit "überschießender Innentendenz", die Antwort ist umstritten. Während die "Österreichische Schule" (Rittler im Anschluß an Beling)³²⁴⁾ den "subjektiven Unrechtselementen" ihre Anerkennung versagte, setzte sich seit ihrer "Entdeckung" durch Fischer, Hegler, Nagler und Mezger³²⁵⁾ die Erkenntnis immer mehr durch, daß auch subjektive Merkmale zum Unrechtstatbestand gehören können.

322) S.oben S.50

323) S.oben S.14 f.

324) S.Engisch, Rittlerfestschrift S.171

325) Fundstellen bei Baumann, Lehrb. S.228

Besonders begünstigt wurde diese Auffassung vom subjektiven Unrechtstatbestand durch die finale Handlungslehre. Als Beispiel diente auch die Absicht des § 267 StGB. In neuerer Zeit versuchte jedoch Oehler³²⁶⁾ nachzuweisen, daß diese Absicht nicht zum Unrechtstatbestand gehört, sondern ein "schuldtypisierendes Merkmal" ist.

Die Einwände von Beling und Rittler hat Engisch³²⁷⁾ überzeugend widerlegt. Auch eine Abwehr des von Oehler vorgebrachten Angriffs scheint uns möglich³²⁸⁾. Doch brauchen und wollen wir uns in den Streit um die subjektiven Unrechtselemente nicht einmischen. Soll zwischen den Tatbeständen des § 267 StGB ein Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz bestehen, so muß der Unrechts- und der Schuldgehalt des einen Tatbestandes im anderen enthalten sein. Es ist deshalb für unsere Aufgabe ohne Bedeutung, ob die Absicht zum Unrechtstatbestand oder zur Schuld gehört. Wesentlich ist nur, daß ihr Verbrechensgehalt ein einheitlicher ist, daß dieser Gehalt der Absicht des einen Tatbestandes im Verbrechensgehalt der Absicht des anderen Tatbestandes enthalten ist.

326) S.79 ff., insbes. S.91 und 107

327) Rittlerfestschrift S.165 ff.

328) So ist nicht verständlich, wie das Fehlen der Absicht den Unrechtstatbestand beseitigen soll, wenn die Absicht selbst nicht das Unrecht mit-begründet (vgl. aber Oehler S.84 und 107). Auch die Tatsache, daß sich der Rechtfertigungsgrund nicht stets auf die Absicht beziehen muß, steht einer Einordnung der Absicht in den Unrechtstatbestand nicht entgegen, da das Urteil der Rechtswidrigkeit an den ganzen Tatbestand gebunden ist und schon entfällt, wenn ein Teil des mehrgliedrigen Tatbestandes rechtmäßig ist (vgl. aber Oehler S.86 ff.).

a) Die Handlung

(1) Die Intensitäten der Angriffe

Durch die Herstellung des Falsifikats wird das Rechtsgut der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs gefährdet. Zur Erfüllung des Gebrauchstatbestandes genügt es, daß dem zu Täuschenden die Urkunde zugänglich gemacht wird³²⁹⁾. Die dadurch begründete Gefährdung des Rechtsguts ist näher an seiner Verletzung als die Gefährdung durch Herstellung; die der Gefährdung wesenseigene Möglichkeit des Verletzungseintritts ist beim Gebrauch größer³³⁰⁾. Gleiches gilt aber auch zwischen Herstellung und versuchtem Gebrauch. Durch den Anfang der Ausführungshandlung des Gebrauchs wird das Rechtsgut intensiver gefährdet als durch die Herstellung, die Vorbereitungshandlung zum Gebrauch.

Diese verschiedenen Intensitäten der Gefährlichkeit übersehen die meisten derjenigen, die den Gebrauch als straflose Nachtat bezeichnen³³¹⁾. Drechsler³³²⁾ erkannte sogar die Ähnlichkeit mit dem Verhältnis des Versuchs zur Vollendung, konnte sich aber nicht von der Vorstellung einer straflosen Nachtat trennen.

329) S.o. Anm.155

330) So auch Jagusch, LK § 267 Anm.1 ("Das Gewicht ... ruht ... auf dem Beweisgebrauch"), Schönke-Schröder § 267 Rdn.46 ("Die gefährliche" Begehungsform "ist das Gebrauchmachen").

331) Siehe oben S4
und Baumann, Lehrb. S.526 f., insbes. S.527

332) Siehe S.17 Anm.60 einerseits und S.18 anderseits

(2) Die Extensitäten der Angriffe

Durch Herstellung und Gebrauch wird die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs, also ein Rechtsgut der Allgemeinheit angegriffen; § 267 enthält somit zwei abstrakte Gefährdungsdelikte³³³⁾. Der Grundsatz, dass zwischen einem abstrakten Gefährdungsdelikt und einem konkreten Verletzungsdelikt Gesetzeskonkurrenz ausgeschlossen ist³³⁴⁾, kann deshalb keine Anwendung finden.

Betrachten wir die Handlungen ohne Berücksichtigung der von § 267 StGB geforderten Täuschungsabsicht, so überwiegt bei gleicher Angriffsextensität die Angriffsintensität des Gebrauchs.

b) Der Einfluß der Absicht

(1) auf das Intensitätsverhältnis

Wer ein Falsifikat in Täuschungsabsicht herstellt, gefährdet das Rechtsgut nicht nur als Hersteller, sondern auch als "Absichtsträger". Der Täter beabsichtigt bei der Herstellung, das Falsifikat einem Dritten zugänglich zu machen und dadurch bei diesem einen Irrtum zu erregen³³⁵⁾. Soweit diese Absicht auf die Irrtumserregung gerichtet ist, deckt sie sich mit der Absicht beim Gebrauch³³⁵⁾ und stört das oben festgestellte Intensitätsverhältnis nicht. Die Absicht bei der Herstellung qualifiziert sich

333) S. Maurach, BT S.450 f., insbes.S.451 oben unter 5

334) S.oben S. 62 und Geerds S.213, RG 73,198 ff., 202; vgl. aber Drechsler S.33

335) S.oben S. 34

somit gegenüber der Absicht beim vollendeten Gebrauch durch ihre zusätzliche Richtung auf den Gebrauch. Doch auch dadurch wird das festgestellte Intensitätsverhältnis nicht gestört: Die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs wird durch diese (Gebrauchs-)Absicht in geringerer Intensität gefährdet als durch das, worauf diese Absicht gerichtet ist, durch den Gebrauch selbst. Gleiches gilt auch von der Herstellung in Gebrauchsabsicht gegenüber dem nachfolgenden Gebrauch und folglich auch von der Herstellung in Täuschungsabsicht gegenüber dem Gebrauch in Täuschungsabsicht.

Beim versuchten Gebrauch hat der Täter mit der Ausführungshandlung des Gebrauchstatbestandes schon begonnen. Der noch nicht verwirklichte Teil dieses Tatbestandes ist nur geplant (Entschluß). Die Absicht des Herstellers umfaßt jedoch nicht nur diesen noch nicht ausgeführten Teil des Gebrauchs, sondern den ganzen Gebrauch, also auch den Teil, der beim Versuch schon Wirklichkeit wurde. Durch den tatsächlichen Beginn der Ausführungshandlung wird das Rechtsgut stärker gefährdet als durch den nur beabsichtigten; der vom Entschluß getragene Anfang der Ausführungshandlung ist näher an der Verletzung des Rechtsguts als die von der Vollendungsabsicht getragene Vorbereitungshandlung.

Auch unter Berücksichtigung der bei § 267 StGB erforderlichen Absicht ergibt sich ein "Intensitätsgefälle" zwischen den Tatbeständen dieses Paragraphen. Das übersahen Sax und Schönke-Schröder³³⁶⁾.

(2) auf das Extensitätsverhältnis

Wer ein Falsifikat nur für bestimmte Gebrauchsfälle herstellt, intensiviert, wenn es zu allen beabsichtigten Gebrauchsfällen kommt, die Gefährdung in derselben Breite weiter, wie sie schon bei der Herstellung begründet

³³⁶⁾ Sax, MDR 51, 588 f. (s. aber jetzt bei Häussling, JZ 63, S. 69 Anm. 4), Schönke-Schröder, 9. Aufl. 1959, § 267 Anm. VI 6

war. Das gilt auch dann, wenn nach der Herstellung die Gebrauchsabsicht für einige Fälle aufgegeben und erst später wieder neu gefaßt wurde. Auch dann war die Rechtsgutsgefährdung bei der Herstellung nicht extensiver als beim intensiveren Gebrauch.

Nun kann es jedoch auch vorkommen, daß der Fälscher einen von ihm bei der Herstellung beabsichtigten Gebrauch nicht mehr durchführen kann oder will und deshalb nach der Herstellung einen neuen Entschluß zu einem bisher noch nicht beabsichtigten Gebrauch faßt. Dann betraf zwar die Absicht bei der Herstellung einen anderen Gebrauch als den später durchgeführten, war aber ebenso wie dieser nur auf einen Fall bezogen. Der schon gestartete Angriff auf das Rechtsgut wurde zwar abgebrochen, aber in demselben Umfang - nur an anderer Stelle - weitergeführt. Dieser Angriff war bei der Herstellung nicht extensiver, wohl aber beim Gebrauch intensiver.

Bei gleicher Extensität ist der Unrechts- und Schuldgehalt des Herstellens im intensiveren Gebrauch enthalten. Die Annahme einer mitbestraften Vortat liegt nahe.

Oft können aber nicht alle der beabsichtigten Gebrauchsfälle realisiert werden. Oft auch hat sich der Täter bei der Herstellung noch keine bestimmten Gebrauchsvorstellungen gemacht, insbesondere die zu täuschenden Opfer noch nicht ausgesucht³³⁷⁾. Kommt es dann nur zu einigen Gebrauchsfällen, so sind nicht alle der schon durch die Herstellung in Täuschungsabsicht begründeten Gefährdungen weiter intensiviert worden. Die Rechtsgutsgefährdung war beim Herstellen breiter angelegt, der Verbrechensgehalt beim Herstellen extensiver als beim Gebrauch.

337) Auch dann kann der Täter die Täuschungsabsicht des Herstellungstatbestandes haben (s.z.B. RG 75,19 ff., 25; BGH 5,149 ff.,152; Mauraeh,BT S.461; Schönke-Schröder § 267 Rdn.91)

Andererseits ist der Verbrechensgehalt beim Gebrauch intensiver als bei der Herstellung. Kein Verbrechensgehalt umfaßt den anderen. Es besteht ein ähnliches Verhältnis wie zwischen dem abstrakten Gefährdungsdelikt und dem konkreten Verletzungsdelikt³³⁸⁾. Hier wie dort ist Gesetzeskonkurrenz ausgeschlossen und ein Fall der Verbrechensmehrheit gegeben.

c) Der Einfluß der Strafdrohung

Der Gesetzgeber hat an beide Tatbestände die gleiche Strafdrohung geknüpft. Zwischen dem Herstellen mit unbestimmter oder unerfüllter Gebrauchsabsicht und dem nachfolgenden Gebrauch hatten wir eine Verbrechensmehrheit festgestellt. Ideal- und Realkonkurrenz sind von der Höhe der Strafdrohungen der ideal bzw. real konkurrierenden Delikte unabhängig. Auf die Verbrechensmehrheit hat deshalb die Gleichheit der Strafdrohung keinen Einfluß.

Wir hatten erkannt, daß bei bestimmter Gebrauchsabsicht Unrechts- und Schuldgehalt der Herstellung im Verbrechensgehalt des Gebrauchs aufgehen, wenn jeder beabsichtigte Gebrauch oder aber statt dessen ein anderer durchgeführt wird. Wir wollten deshalb in diesen Fällen die Herstellung als mitbestrafte Vortat des nachfolgenden Gebrauchs bezeichnen. Der Gesetzgeber aber hat das geringere Unrecht, die geringere Schuld mit derselben Strafe bedroht wie das größere Unrecht, die größere Schuld. Welche Auswirkungen hat dieser "Fehler" des Gesetzes³³⁹⁾?

338) S.oben S.62

339) So Schneidewin S.226. Sax müßte jetzt, nachdem er lt.Häussling (JZ 63,69 Anm.4) seine Auffassung von der straflosen Nachtat bei § 267 StGB aufgegeben hat, dem Gesetzgeber "einen unverständlichen Verstoß ge-

Obwohl Geerds³⁴⁰⁾ betont, daß es für das rechtliche Verhältnis der Gesetzesverstöße nicht auf die Schwere der Strafdrohungen ankommt und deshalb - im Gegensatz z.B. zu Maurach³⁴¹⁾ - Konsumtion der Nach- und Begleit-tat auch dann annimmt, wenn diese unter ein schwereres Gesetz als die Vortat zu subsumieren sind³⁴²⁾, meint er, nur eine Vortat, die mit geringerer Strafe als die Nach-tat bedroht sei, könne straflos sein³⁴³⁾. Folgerichtig kommt dann bei § 267 StGB höchstens die Annahme einer straflosen Nachtat in Betracht³⁴⁴⁾. Auf einem ähnlichen Wege kam Sax³⁴⁵⁾ zu seiner Auffassung von der straflosen Nachtat bei § 267 StGB. Eine ausreichende Begründung für die unterschiedliche Behandlung der straflosen Vortat und der straflosen Nachtat fehlt bei Geerds.

Wenn von Maurach u.a. die Annahme einer mitbestraften Nachtat dann abgelehnt wird, wenn die Nachtat unter ein schwereres Gesetz, insbesondere unter eine höhere Ver-brechensklasse des § 1 StGB fällt, so hat das zwei Grün-de:

Einmal ist die schärfere Strafdrohung in den meisten Fäl-len Ausdruck eines erhöhten Unrechts- und Schuldge-halts³⁴⁶⁾. Insoweit kann der Strafrahmen ein Anhaltspunkt für die Beurteilung des Verbrechensgehalts und damit des

gen das Prinzip austeilender Gerechtigkeit" (Sax in MDR 51, S.589 l.Sp.) vorwerfen.

340) S.209

341) AT S.661, JZ 56, 258, ebenso Dreher, MDR 64,168 f., 169, Huschka, NJW 60,1189 f.,1190

342) S.207, 219, ebenso Baumann, Lehrb.S.527, Schröder in MDR 50,398 ff.,399 und Schönke-Schröder, Rdn.69 vor § 73

343) S.215

344) S.154

345) S.589

346) S.Maurach, AT S.661, Dreher, MDR 64,168 f.,169

Konkurrenzverhältnisses sein³⁴⁷⁾. Der Ausschluß der Gesetzeskonkurrenz ist dann aber in der Verschiedenheit des Verbrechensgehalts und nicht in der Divergenz der Strafdrohungen begründet^{347a)}. Wir hatten jedoch schon festgestellt, daß der Verbrechensgehalt des Herstellens mit erfüllter oder ausgewechselter Gebrauchsabsicht im nachfolgenden, beabsichtigten Gebrauch, auch wenn dieser im Versuchsstadium stecken bleiben sollte, enthalten ist³⁴⁸⁾.

Zum andern soll aber auch eine ungerechtfertigte Privilegierung des Täters, der das schwere^{re}/und das leichtere Gesetz erfüllt, vermieden werden³⁴⁹⁾. Wer nur das schwerere Gesetz erfüllt, wird nach diesem gestraft. Der Täter, der daneben noch das leichtere erfüllt, darf nicht besser stehen. Dieses Bedenken besteht bei § 267 StGB dann nicht, wenn der Gebrauch vollendet ist: Für die vollendete Herstellung konnte keine schärfere Strafe als für den vollendeten Gebrauch ausgesprochen werden. Insoweit kann auch die Gleichheit der Strafdrohung unsere Annahme einer straflosen Vortat nicht erschüttern³⁵⁰⁾.

347) Rittmann, S. 67. Mehr als ein Anhaltspunkt kann er aber nicht sein (a.A. Drechsler S. 68). Wie gerade bei § 267 StGB, dessen Tatbestand 1943 "gespalten" wurde, deutlich wird, ist der Strafraum oft ein Ergebnis des Zufalls.

347a) Vgl. oben Anm. 320

348) Deshalb ist auch ein Vergleich mit dem Verhältnis zwischen vollendetem Grundtatbestand und versuchter Qualifikation nicht möglich; der Unrechts- und Schuldgehalt des vollendeten Grundtatbestandes (z.B. § 242 StGB) ist in der versuchten Qualifikation (z.B. § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB) nicht enthalten.

349) Dreher, MDR 64, 168 f., 169;
Huschka, NJW 60, 1189 f., 1190

350) So auch außer den auf S. 5 Genannten
Wertheimer S. 65 zu § 324 StGB.

Nur wenn der Gebrauch im Versuchsstadium stecken geblieben ist, scheint der Täter durch die Annahme einer straflosen Vortat ungerechtfertigt privilegiert zu werden, da die Strafe wegen des Gebrauchsversuchs an sich nach § 44 StGB gemildert werden kann.

Der Staat erwirbt schon dann eine volle, nicht durch § 44 StGB modifizierte Strafberechtigung, wenn ein Falsifikat in Täuschungsabsicht hergestellt wird. Diese Strafberechtigung kann nicht dadurch verloren gehen, daß der Täter noch mehr verbrecherische Energie entfaltet und das Rechtsgut noch intensiver gefährdet. Den Täter, der mehr tut als nur das Falsifikat herstellen, muß deshalb (zumindest) die volle Strafe für das vollendete Herstellen treffen.

Anderseits muß erkennbar werden, daß der Täter mit weiterer verbrecherischer Energie das Rechtsgut stärker als durch bloße Herstellung eines Falsifikats gefährdete. Der gegenüber der Herstellung erhöhte Unrechts- und Schuldgehalt muß im Urteil zum Ausdruck kommen. Das kann nur dadurch erreicht werden, daß der Täter wegen versuchten Gebrauchs schuldig gesprochen wird³⁵¹⁾. Dieser Schuldspruch ist erforderlich, aber auch genügend, da - wie wir feststellten - der Unrechts- und Schuldgehalt des Herstellens im Verbrechensgehalt des versuchten Gebrauchs enthalten ist.

Der Täter ist deshalb wegen versuchten Gebrauchs schuldig zu sprechen; dem Richter ist es aber verwehrt, die Strafe nach § 44 StGB zu mildern. Zu diesem Kuriosum zwingt uns der Gesetzgeber, der an beide Tatbestände die gleiche Strafdrohung knüpft.

Für uns war eben der Rückgriff auf die volle Strafberechtigung des Herstellungstatbestandes selbstverständlich.

351) So auch Gelbert, Tat S.88 f.

Wir haben aber damit ein "heißes Eisen" angefaßt, ohne es recht zu merken. Es ist heftig umstritten, ob bei Hindernissen der Strafbarkeit aus dem - nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz - verdrängenden Gesetz die Strafe dem verdrängten Gesetz entnommen werden darf³⁵²⁾.

Ein solcher Durchgriff auf das verdrängte Gesetz ist nur möglich, wenn dieses Gesetz trotz der Gesetzeskonkurrenz verletzt ist. Diese Frage, ebenso umstritten³⁵³⁾ wie die erste, ist deshalb nicht nur terminologischer Art³⁵⁴⁾. - Uns fällt die Antwort leicht. Die Spezialität hatten wir der Tatbestandseinheit zugeordnet und aus der Gesetzeskonkurrenz ausgegliedert. Gesetzeskonkurrenz ist nur möglich, wenn der Unrechts- und der Schuldgehalt des einen Tatbestandes im anderen enthalten ist. Bei der Verletzung des Gesetzes mit dem größeren Verbrechensgehalt ist deshalb das Gesetz mit dem geringeren Verbrechensgehalt mitverletzt. Entfällt die Strafbarkeit nach dem Gesetzestatbestand mit dem größeren Verbrechensgehalt aus einem Grunde, der den Unrechts- und Schuldgehalt des anderen Tatbestandes unbe-

352) Bejahend Jagusch, LK Anm.C 4 c vor § 73, Maurach, AT S.662: verneinend Rittmann S.81 ff., 84, 88, 90, Schönke-Schröder, Rdn.70 vor § 73 (Bei Rdn.66 und 73 vor § 73 bezeichnet er jedoch die straflosen Vor- und Nachtaten als Fälle der Subsidiarität, für die "die Bewertung" "ergeben" könne, "daß nur eine tatsächliche Bestrafung das subsidiäre Delikt verdrängt" (Rdn.82 vor § 73)).

353) Bejahend Bockelmann, JZ 53, 235, v.Hippel, Lehrb. S.174, Schmitt S.45, Warda, S.89 Anm.58, BGH 1, 152 ff., 155 f., BGH JZ 52, 757; verneinend Geerds S.66, insbes.Anm.87, Khler, Grenzlinien S.39, Rittmann S.94, Wachenfeld S.55

354) So zutreffend Warda, S.89 Anm.58, a.A. Rittmann, S.18, 20

rührt läßt, so ist der Rückgriff auf diesen Tatbestand unbedenklich zulässig. Deshalb war die Berücksichtigung des vollendeten Herstellungstatbestandes für uns selbstverständlich.

Als Ergebnis halten wir fest: Die Herstellung eines Falsifikats mit erfüllter oder ausgewechselter Gebrauchsabsicht ist mitbestrafte Vortat des nachfolgenden Gebrauchs und Gebrauchsversuchs. Dem Richter ist es aber verwehrt, die Strafe beim Gebrauchsversuch nach § 44 StGB zu mildern.

III. Real- oder Idealkonkurrenz bei Herstellung mit unbestimmter oder unerfüllter Gebrauchsabsicht

Wir hatten erkannt³⁵⁵⁾, daß eine Verbrechensmehrheit gegeben ist, wenn der Herstellung mit unbestimmter oder unerfüllter Gebrauchsabsicht ein Gebrauch folgt. Erst jetzt, da wir uns zwischen Ideal- und Realkonkurrenz zu entscheiden haben, wird die Unterscheidung zwischen Handlungseinheit und -mehrheit interessant³⁵⁶⁾.

Die Herstellung eines Falsifikats und der Gebrauch desselben sind verschiedene Tätigkeiten, die nur nacheinander vorgenommen werden können; erst nach dem Abschluß der Produktion kann von dem Produkt Gebrauch gemacht werden. Somit liegt die Annahme einer Handlungsmehrheit nahe.

1. Die tatbestandliche Handlungseinheit

Vor 1943 war § 267 StGB ein mehraktiger Tatbestand. Durch diese Tatbestandseinheit wurde eine Handlungseinheit gesetzlich fingiert³⁵⁷⁾. § 73 StGB setzt die Verletzung mehrerer Gesetze durch eine Handlung voraus, § 267 StGB enthielt aber nur einen, wenn auch mehraktigen Gesetzestatbestand. Deshalb wurde durch diese tatbestandliche Handlungseinheit keine Idealkonkurrenz innerhalb des § 267 StGB begründet³⁵⁸⁾. Nur mit Tatbeständen außerhalb des § 267 StGB kam eine Idealkonkurrenz dann in Betracht, wenn ein Teil des mehraktigen Tatbestandes von § 267 StGB, z.B. der Gebrauch, mit dem fremden Tatbestand, z.B. dem Betrug, in Handlungseinheit stand³⁵⁹⁾.

355) S.oben S. 75 f.

356) S.oben S. 48

357) S.oben S. 4 , insbes. Anm.18;
Geerds S.260,264; Maurach, AT S.623

358) S. Schönke-Schröder, § 73 Rdn.6

Nach 1943 wurde dieser zweiaktige Tatbestand in zwei einaktige, selbständige³⁶⁰⁾ Tatbestände aufgelöst. Jetzt bildet jeder der beiden Tatbestände für sich eine tatbestandliche Handlungseinheit³⁶¹⁾. Alle Muskelbewegungen, die zur Herstellung erforderlich sind, werden durch den (Herstellungs-)Tatbestand des § 267 StGB zu einer Handlungseinheit zusammengefaßt. Das selbe gilt für den Gebrauch. Zwischen Herstellung und Gebrauch besteht keine durch die Einheit des Tatbestandes fingierte Handlungseinheit mehr.

2. Die natürliche Handlungseinheit

Man³⁶²⁾ spricht von einer "natürlichen Handlungseinheit"; wenn mehrere Akte in einem zeitlichen, räumlichen, sachlichen und psychischen³⁶³⁾ Zusammenhang stehen.

359) Diese Idealkonkurrenz war eine Folge der "Mehraktigkeit"; sie ist deshalb bei § 146 StGB ausgeschlossen, da dort nur die Herstellung, nicht der Gebrauch mit Strafe bedroht ist. Das hatte das RG (RG 60,315 ff.= JW 26, 2686 f. mit im Ergebnis zust. Anm. von Merkel) übersehen, als es mit der Begründung, daß "durch die Strafbestimmung des § 146 StGB ... das gesamte, auf Herstellung und Verausgabung gerichtete Unternehmen getroffen und einheitlich abgeurteilt werden" "sollte", zwischen den §§ 146 und 263 StGB Handlungseinheit annahm (Unterstreichung vom Verf.). Die Rspr. des RG wird fortgeführt von BGH MDR 52,563 f., 563 r.Sp. und OLG Schleswig NJW 63,1560 f., 1561 r.Sp.; ihr schließen sich ohne Begründung an Jagusch, LK § 146 Anm.7, Schönke-Schröder, § 146 Rdn.15.

360) S.oben S.46 f.

361) Zur Terminologie vgl. Geerds S.263 Anm.117

362) Z.B. Geerds, S.282 ff., insbes. 286 f.; v. Hippel, Deutsches Strafrecht II S.519 f.; Schmitt S.57; Schönke-Schröder Rdn.9 vor § 73; RG 76,140 ff., 143; BGH 4,219 ff., 220 f.; BGH 10,129 ff. und 230 ff., 231. Sehr weitgehend H. Mayer S.407; einschränkend BGH 3,289 ff., 295; ablehnend Honig, Studien S.VII f., 42.f.

363) Höpfner S.231

Ein psychischer Zusammenhang bestehe zwischen den Akten, wenn dem Gesamtplan³⁶⁴⁾ des Täters eine einheitliche Zwecksetzung³⁶⁵⁾ zugrunde liege dergestalt, daß der Wille des Täters schon bei dem ersten Akt irgendeinen konkreten Bezug entweder auf die Handlung oder auf den Erfolg des zweiten Aktes habe³⁶⁶⁾.

Wir suchen nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen den Tatbeständen des § 267 StGB für den Fall der Herstellung mit unbestimmter Gebrauchsabsicht und für den Fall der Herstellung mit bestimmter, aber teilweise unerfüllter Gebrauchsabsicht.

Die Absicht des Täters, der mit noch unbestimmten Gebrauchsvorstellungen herstellte, war noch nicht ausreichend konkretisiert und genügt deshalb den Anforderungen dieser "natürlichen Handlungseinheit" nicht.

Der Täter, der nicht alle beabsichtigten Gebrauchsfälle realisierte, hatte den Gebrauch, den er tatsächlich durchführte, schon bei der Herstellung beabsichtigt und bestimmt. In diesem Fall besteht also der geforderte innere, vom Willen des Täters begründete Zusammenhang zwischen Herstellung und Gebrauch. Zeitlicher und räumlicher Zusammenhang können unterstellt werden, der sachliche Zusammenhang ergibt sich aus der Identität der Angriffsrichtung gegen dasselbe Rechtsgut. Nun wird aber verschiedentlich³⁶⁷⁾

364) Maurach, AT S.621

365) Welzel S.196

366) Geerds S.287, insbes. Anm.241, 242

367) Höpfner S.231; Jagusch, LK § 73 Anm.2b im Anschluß an RG 76,140 ff.,143 f.; BGH 4,219 ff.,221; BGH 10,230 ff.,231. Schönke-Schröder will nur die Fälle, die der "fortgesetzten Handlung entsprechen", zu einer Einheit zusammenfassen (Rdn.10 vor § 73); eine fortgesetzte Handlung aber nimmt er nur bei "Gleichartigkeit der Ausführungshandlungen" an (Rdn.17 vor § 73)

noch eine Gleichartigkeit der Handlungen verlangt; sie fehlt zwischen Herstellung und Gebrauch. Doch in manchen Entscheidungen³⁶⁸⁾ wird diese Einschränkung der "natürlichen Handlungseinheit" nicht anerkannt. Auch Geerds³⁶⁹⁾ hält sie für unberechtigt; er kommt deshalb im Anschluß an Peters³⁷⁰⁾ und in Übereinstimmung mit Paumann³⁷¹⁾ zur Handlungseinheit zwischen Herstellung und Betrug³⁷²⁾ und damit auch zwischen Herstellung und Gebrauch.

§ 73 StGB setzt voraus, daß durch "eine und dieselbe Handlung" mehrere Strafgesetze verletzt werden. Damit ist die Rechtsfolge dieser Vorschrift an eine ganz formale Identität des gesetzesverletzenden Aktes und deshalb an eine ganz formale Gleichzeitigkeit der Gesetzesverletzungen geknüpft³⁷³⁾³⁷⁴⁾. Das darf bei allen Versuchen, den Begriffen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit einen

368) So OLG Bremen JR 53,388 f., OLG Celle SJZ 47, Sp.272 f.

369) S.286

370) S.211

371) Lehrb.S.530. Baumann beruft sich allerdings zu Unrecht auf BGH GA 55,246. Der BGH geht a.a.O. von einer Tatbestandseinheit aus; die Annahme einer Ideal Konkurrenz zwischen den §§ 263 und 267 StGB ist dann folgerichtig (s.o. S. 82)

372) Geerds S.289 Anm.253. Dem Zusammenhang ist zu entnehmen, daß Geerds a.a.O. unter "Urkundenfälschung" die Herstellung des Falsifikats versteht (vgl. auch S.277 zu Urkundengebrauch und Betrug).

373) So Maurach, AT S.621,646, Schönke-Schröder § 73 Rdn.9 und Welzel S.203. Eine gute Übersicht über die nicht ganz einheitliche Rechtsprechung findet sich bei Maurach, AT S.621, Schönke-Schröder § 73 Rdn.10 und Schmitt S.58 Anm.87

374) Die Gleichzeitigkeit ist nur eine Folge der Identität des Ausführungsaktes. Ein gutes Beispiel dafür, daß Gleichzeitigkeit allein nicht genügt, findet sich bei BGH GA 61,346 f.

materiellen Sinn zu geben³⁷⁵⁾, nicht übersehen werden. Es ist deshalb nicht möglich, zeitverschiedene Verletzungen mehrerer Gesetze unter den Tatbestand des § 73 StGB zu subsumieren, auch wenn diese Verletzungen in einem räumlichen, zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen und vom Täter in ein Zweckgefüge eingebaut werden³⁷⁶⁾. Da der die mehreren Gesetze verletzende Akt identisch sein muß, ist auch der Begriff der Gleichartigkeit in diesem Zusammenhang fehl am Platz³⁷⁷⁾. Die Anwendung des § 73 StGB auf zeitverschiedene Verletzungen mehrerer Gesetze nach den Regeln der sogenannten "natürlichen Handlungseinheit" erweist sich damit als Gesetzesverletzung³⁷⁸⁾.

Die Suche nach der Idealkonkurrenz ist die Suche nach einem Akt, der gleichzeitig "mehrere Strafgesetze verletzt" (§ 73 StGB). Es kommt deshalb darauf an, welche Akte noch zur Verletzung des Gesetzes gehören, das mit einem anderen in Idealkonkurrenz stehen soll. Ein Gesetz ist verletzt, wenn sein Tatbestand erfüllt ist, ein Tatbestand ist erfüllt, wenn die im Tatbestand beschriebene Handlung vorgenommen wurde. Diese Handlungen die "typische Formen der Finalzusammenhänge"³⁷⁹⁾ darstellen, zergliedern des-

375) Vgl. Geerds S.244 ff., insbes.S.251

376) Ebenso BGH 3,289 ff.,295. Zu Recht ist deshalb zwischen dem Diebstahl der Mordwaffe und dem mit der gestohlenen Waffe verübten Mord eine Handlungsmehrheit angenommen worden (Schönke-Schröder Rdn.10 vor § 73; RG 11,355 ff.,359).

377) S.Maurach, AT S.621: Verwechslung von "Gleichzeitigkeit und Gleichartigkeit"

378) Schmitt S.58 spricht von einem "Verfahren *wontra legem*", gibt sich aber mit der Feststellung zufrieden, "daß die Diskrepanz zwischen dem, was ist", "und dem, was behauptet wird" "bei diesen Sachlagen nur gering ist".

379) Engisch, Kohlrauschfestschrift S.179

halb die vom zweckgerichteten Willen des Täters geknüpfte Handlungskette in einzelne tatbestandliche Handlungseinheiten³⁸⁰⁾. Hier mag man dann gleichartige, d.h. gleich-tatbestandsmäßige Akte³⁸¹⁾, die in einem engen zeitlichen, räumlichen und sachlichen Zusammenhang stehen und denen ein "Gesamtvorsatz" zugrunde liegt, zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit, zu einer Gesetzesverletzung zusammenfassen und eine gleichartige Realkonkurrenz ausschließen³⁸²⁾.

Die Gesetzesverletzung beginnt mit dem Versuch³⁸³⁾. Sie ist abgeschlossen mit der letzten tatbestandsmäßigen Außenweltsveränderung, also im Zeitpunkt der Beendigung der Straftat³⁸⁴⁾³⁸⁵⁾. Wir hatten erkannt,³⁸⁶⁾ daß das Herstellen noch keine Versuchshandlung des Gebrauchstatbestandes ist. Andererseits ist das Gebrauchen keine tatbestandsmäßige Handlung des Herstellungstatbestandes mehr³⁸⁷⁾, so daß die Herstellungstat schon vor dem Gebrauch beendet ist. Somit gibt es keinen Akt, der

380) Engisch a.a.O.S.178, Maurach, AT S.620 f., Welzel S.196. Siehe oben S.82 fzu § 267 StGB alter und neuer Fassung.

381) So im Ergebnis Höpfner S.231; BGH 4,219 ff.,221

382) Schönke-Schröder (Rdn.10 vor § 73) spricht von einer "Analogie zur fortgesetzten Handlung".

383) S.Geerds S.278 f.; Honig, Studien S.40 ff., RG 56,329 ff.,331. Versuch und Vollendung sind verschiedene Stadien innerhalb einer Tatbestandsverwirklichung (s.o. S.31 f.).

384) Siehe oben S. 19

385) Für Handlungseinheit vor Beendigung Geerds S.279; Gelbert, DStR 43,7; Schmitt S.57; Welzel S.167 und 203; RG JW 28,1597 ff.,1599 r.Sp.; einschränkend Warda, JuS 64,87 Anm.42; ablehnend offensichtlich Kohlhaas, NJW 62,1880 r.Sp.; Merkel, JW 28,1597 ff. (Anm.zu RG a.a.O.). Warda (a.a.O.), der sich auf BGH GA 61,346 f.béruft, übersieht, daß Gleichzeitigkeit allein auch sonst noch keine Idealkonkurrenz begründet (s.oben Anm.374)

386) S.oben S. 32, 35 f.

387) S.oben S. 43 ff.

unter beide Tatbestände subsumiert werden könnte. Beide Gesetze werden durch zeitverschiedene Handlungen verletzt. Eine Handlungseinheit zwischen Herstellung und Gebrauch scheint ausgeschlossen zu sein.

3. Der Fortsetzungszusammenhang

Nun kann jedoch eine Handlungseinheit auch durch einen Fortsetzungszusammenhang begründet sein³⁸⁸⁾. Die Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges zwischen Herstellung und Gebrauch scheiterte aber schon an der Verschiedenartigkeit der Ausführungshandlungen³⁸⁹⁾.

4. Die Meinung von Peters

Peters, der seine Antwort auf die Frage nach der Handlungseinheit an der Notwendigkeit einer sachgemäßen Strafzumessung ausrichtet³⁹⁰⁾, will auch Akte, die in einem Verhältnis der Vorbereitung, der Ausnutzung und Verwertung, der Wiederholung und der regelmäßigen Folge stehen, ebenso wie Akte in "zeitverbundener Situation" zu einer Einheit zusammenfassen³⁹¹⁾. Er müßte deshalb eine Handlungseinheit zwischen den Tatbeständen des § 267 StGB annehmen.

Doch diese Methode enthält ein unzulässiges Hysteron-Proteron. Die Frage nach der Strafzumessung kann erst gestellt werden, nachdem der dafür vom Gesetzgeber bestimmte Rahmen feststeht. Die Feststellung des Straf-

388) S.oben S.14. M.E. kann auch ein Fortsetzungszusammenhang - ebenso wie die sog. "natürliche Handlungseinheit" - nur eine tatbestandliche Handlungseinheit begründen (so auch Geerds S.296,299) und damit mittelbar für die Idealkonkurrenz von Bedeutung werden.

389) S.oben S.15

390) S.206

391) S.211 f.

rahmens wird aber mit Hilfe der §§ 73 und 74 StGB getroffen, die an die Unterscheidung zwischen Handlungseinheit und -mehrheit anknüpfen. Die Frage danach ist also die primäre; sie muß unabhängig von Strafzumessungserwägungen beantwortet werden³⁹²⁾.

Unsere Annahme einer Handlungsmehrheit zwischen den Tatbeständen des § 267 StGB konnte nicht erschüttert werden. Handlungs- und Verbrechensmehrheit sind die Voraussetzungen des § 74 StGB. Die Herstellung mit unbestimmter oder unerfüllter Gebrauchsabsicht und der nachfolgende Gebrauch stehen somit im Verhältnis der Realkonkurrenz³⁹³⁾.

392) So auch Geerds S.251 f.,259

393) So im Ergebnis BGH 17,97 ff.,99 und Schönke-Schröder, § 267 Rdn.79. Ebenso RG 58,33 ff.,34 f. zu §§ 271, 273 StGB

2. Teil

Das Verhältnis der Tatbestände des § 267 StGB zu anderen Tatbeständen

A. Fremde Tatbestände beim Gebrauch

Mit einer falschen Urkunde kann man verschiedene Tatbestände außerhalb des § 267 StGB erfüllen. Man kann damit beleidigen, kann aber auch, um sich Zutritt zu einem Haus zu verschaffen, aus dem man stehlen will, einen Hausbewohner täuschen (§ 243 Abs.1 Nr.7 StGB)³⁹⁴⁾. Regelmäßig wird jedoch mit einer falschen Urkunde betrogen. Deshalb soll uns der Betrug als Beispiel dienen.

Der Herstellungs-, der Gebrauchs- und der Betrugstatbestand sind formell verschieden. Deshalb kommt nur Gesetzes-, Real- oder Idealkonkurrenz in Betracht³⁹⁵⁾.

§ 263 StGB schützt das Vermögen³⁹⁶⁾, § 267 StGB die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs. Die systematische Stellung des § 267 StGB im Gesetz bei den Vermögensdelikten hat nur noch historische Gründe³⁹⁷⁾; schon lange bemüht man sich um eine Umgruppierung³⁹⁸⁾. § 267 StGB schützt nicht das Vermögen³⁹⁹⁾.

394) Vgl. RG 73,9 ff.; BGH 11,64 f.

395) S. oben S. 7 und 11

396) So z.B. Bockelmann S.240, Maurach, BT S.289, Schönke-Schröder, § 263 Rdn.1, vgl. auch Mezger-Blei II, S.167 f.

397) Maurach, BT S.450

398) S. Lorenz S.186. Der Entwurf 1962 behandelt die Urkundenfälschung (§ 303 Abs.1) im vierten Abschnitt, der den Straftaten gegen die öffentliche Ordnung gewidmet ist, und nicht im dritten Abschnitt, in dem die Straftaten gegen das Vermögen zusammengefaßt sind.

399) So z.B. Maurach, BT S.450; Schönke, DSStR 1943,137, Schönke-Schröder, § 267 Rdn.1

Die qualitativ verschiedenen Rechtsgüter bewirken verschiedenes Unrecht und verschiedene Schuld⁴⁰⁰⁾, so daß die Annahme einer Gesetzeskonkurrenz zwischen dem Betrugstatbestand einerseits und den Tatbeständen des § 267 StGB anderseits ausgeschlossen ist. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß regelmäßig beim Gebrauch einer falschen Urkunde betrogen wird. Die Regelmäßigkeit kann - wie wir feststellten - keine Gesetzeskonkurrenz begründen⁴⁰¹⁾.

Somit ist eine Verbrechensmehrheit gegeben, es kommen nur noch Real- und Idealkonkurrenz in Betracht.

Die Herstellung mit bestimmter oder ausgewechselter Gebrauchsabsicht ist mitbestrafte Vortat des nachfolgenden Gebrauchs: Der an sich formell erfüllte Herstellungstatbestand ist materiell unanwendbar. Materiell anwendbar bleiben nur noch der Gebrauchs- und der Betrugstatbestand. Durch den Gebrauch wird getäuscht. Diese Identität der Ausführungshandlungen begründet eine Handlungseinheit und damit Idealkonkurrenz zwischen dem Betrugstatbestand des § 263 StGB und dem Gebrauchstatbestand des § 267 StGB⁴⁰²⁾.

Hat der Fälscher bei der Herstellung noch keine bestimmten Gebrauchsvorstellungen oder konnte er nicht alle beabsichtigten Gebrauchsfälle realisieren, so besteht zwischen dem Herstellungs- und dem Gebrauchstatbestand Realkonkurrenz. Der Betrugstatbestand, der zum Gebrauchstatbestand in Idealkonkurrenz steht, steht dann zum Herstellungstatbestand in Realkonkurrenz⁴⁰³⁾.

400) S.oben S. 63

401) S.oben S. 68 f.

402) So im Ergebnis auch Maurach, BT S.463, Schönke-Schröder, § 267 Rdn.103, BGH LM 263 Nr.6, BGH(1 StR 743/52) vom 17.3.53, OLG Braunschweig, GA 54,315 f.

403) So im Ergebnis auch Schönke-Schröder, § 267 Rdn.103

B. Fremde Tatbestände bei der Herstellung

Auch bei der Herstellung des Falsifikats kann der Fälscher noch Tatbestände anderer Paragraphen erfüllen. Falschmünzer und Münzverfälscher verwirklichen alle Merkmale der Herstellungstatbestände der §§ 146 und 267 StGB⁴⁰⁴⁾. Wird durch Beschädigung einer fremden Urkunde dieser ein neuer Beweisinhalt gegeben⁴⁰⁵⁾, so ist sowohl der Herstellungstatbestand des § 267 StGB als auch der Sachbeschädigungstatbestand des § 303 StGB erfüllt. Auch der Tatbestand des § 274 Abs.1 Nr.1 kommt in Betracht, falls der Täter die dort erforderliche Absicht hatte⁴⁰⁶⁾.

404) Zwischen Nachmachen und Verändern bei § 146 StGB besteht dasselbe Verhältnis wie zwischen Herstellen und Verfälschen bei § 267 StGB (s.o.S. 43)

405) Beispiel von Binding (Lehrb.II 1, S.238 Anm.5): Ausreißen einer Einzelurkunde aus einer Gesamturkunde, Beispiel bei Schönke-Schröder (§ 267 Rdn.71): Ausradieren einer Null im Schuldbetrag

406) Wer wie Frank (§ 274 Anm.I), Gerland (S.444 Anm.1) und v.Liszt-Schmidt (S.750) den Unrechtsgehalt des § 274 Abs.1 Nr.1 StGB in einer Eigentumsverletzung sieht, muß § 274 Abs.1 Nr.1 als den spezielleren Tatbestand gegenüber § 303 StGB anerkennen. Dasselbe gilt, wenn man mit Jagusch (LK § 274 Anm.2b), Welzel (S.355) und dem BGH (6,251 ff., 255) Eigentum und Beweisinteresse des Einzelnen als Rechtsgut des § 274 Abs.1 Nr.1 bezeichnet. Behauptet man aber, daß das "Gehören" im Tatbestand des § 274 Abs.1 Nr.1 nichts mit dem Eigentum zu tun habe, daß allein das Beweisinteresse des Einzelnen durch § 274 Abs.1 Nr.1 geschützt sei und daß das Eigentum gegenüber Beschädigungen durch den § 303 ausreichend gesichert sei (so Binding, Lehrb. II 1, S.300, Kohlrausch-Lange, § 274 Anm.II, Maurach, BT S.465, Mezger-Blei II, S.221, Schönke-Schröder, § 274 Rdn.5), so muß man, da dann die Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter nicht zu übersehen ist, zur Verbrechensmehrheit kommen (s.o.S. 63)

Der Herstellungstatbestand des § 267 StGB ist schon formell im Tatbestand des § 146 StGB enthalten. Da aber der Tatbestand des § 146 StGB gegenüber dem Tatbestand des § 267 StGB besondere Merkmale aufweist, ist diese Tatbestandseinheit einseitig. Zwischen beiden Tatbeständen besteht das Verhältnis der Spezialisierung⁴⁰⁷⁾.

Von den Beschädigungstatbeständen der §§ 303 und 274 Abs.1 Nr.1 StGB ist der Herstellungstatbestand formell verschieden; es kommt nur noch Gesetzes-, Ideal- oder Realkonkurrenz in Betracht.

"Qualitativ verschiedene" Rechtsgüter bewirken verschiedenes Unrecht und verschiedene Schuld; eine Gesetzeskonkurrenz zwischen Tatbeständen mit "qualitativ verschiedenen" Rechtsgütern ist deshalb ausgeschlossen⁴⁰⁸⁾.

§ 303 StGB schützt das Eigentum, § 267 StGB die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs; zwischen diesen Tatbeständen besteht keine Gesetzeskonkurrenz⁴⁰⁹⁾.

Die Schutzrichtung des § 274 Abs.1 Nr.1 ist umstritten. Für Frank⁴¹⁰⁾, Gerland⁴¹⁰⁾ und v.Liszt-Schmidt⁴¹⁰⁾ ist das Eigentum das Rechtsgut dieses Tatbestandes, sie dürfen - als Folge der Rechtsgutsverschiedenheit - keine Gesetzeskonkurrenz zwischen den §§ 274 Abs.1 Nr.1 und 267 StGB annehmen⁴¹¹⁾. Bei Binding⁴¹⁰⁾, Kohlrausch-Lange⁴¹⁰⁾, Maurach⁴¹⁰⁾, Mezger-Blei⁴¹⁰⁾ und Schönke-Schröder⁴¹⁰⁾

407) S.oben S. 49 f.

408) S.oben S. 63

409) So auch Maurach, BT S.463

410) Fundstellen s.Anm.406

411) So auch Frank, § 274 Anm.I 2 a: Idealkonkurrenz zu § 267 a.F. und ihm folgend
Schwarz-Dreher, § 274 Anm.I B b zu § 267 n.F.

wird das Interesse des Einzelnen, mit der Urkunde Beweis zu erbringen, das durch eine Beeinträchtigung des Beweismittels verletzt wird, als Rechtsgut des § 274 Abs.1 Nr.1 bezeichnet. Als Rechtsgut des Einzelnen ist es von dem durch § 267 StGB geschützten Rechtsgut der Allgemeinheit verschieden⁴¹²⁾. Auch nach dieser Ansicht ist deshalb eine Gesetzeskonkurrenz ausgeschlossen. Das muß selbstverständlich auch dann gelten, wenn man mit Jagusch⁴¹⁰⁾, Welzel⁴¹⁰⁾ und dem BGH⁴¹⁰⁾ den Unrechtsgehalt des § 274 Abs.1 Nr.1 StGB in einer Verletzung des Eigentums und des Beweisinteresses eines Einzelnen sieht.

Nun wird jedoch behauptet⁴¹³⁾, § 274 Abs.1 Nr.1 StGB werde durch § 267 StGB deshalb ausgeschlossen, weil die Beschädigung der echten Urkunde nur das (regelmäßige) Mittel zur Herstellung einer unechten Urkunde sei. Wir haben jedoch schon erkannt⁴¹⁴⁾, daß dadurch, daß ein Tatbestand regelmäßig verwirklicht wird, damit auch ein anderer erfüllt werde, noch keine Gesetzeskonkurrenz zwischen beiden Tatbeständen begründet wird. Wenn aber schon die Regelmäßigkeit des Mittels zu keiner Gesetzeskonkurrenz führt, so kann die Tatsache allein, daß die Beeinträchtigung das Mittel zur Herstellung ist, erst recht keine Verbrechenseinheit begründen⁴¹⁵⁾. Die Urkundenbeschädigung verliert ihren "selbständigen Deliktscharakter dadurch noch nicht, daß" sie "vom Täter

412) So Schönke-Schröder, § 274 Rdn.2; a.A. Kohlrausch-Lange, § 274 Anm.II ohne Begründung.

413) So RG 59,321 ff., 325 f. und - trotz abweichenden Ergebnisses - RG 68,204 ff., insbes. 206. Ebenso Schönke-Schröder, § 267 Rdn.71 für den Fall der Handlungseinheit (Subsidiarität), anders jedoch ders. § 267 Rdn.72 für den Fall der Handlungsmehrheit; eine Begründung für die unterschiedliche Behandlung fehlt.

414) S. oben S.68 f.

415) So auch Rittmann S.43; a.A. Schönke-Schröder, § 267 Rdn.71

nicht für sich allein, sondern nur als Weg und Mittel für eine weitere Straftat gewollt ist"⁴¹⁶⁾.

Zwischen dem Herstellungstatbestand des § 267 StGB und dem Beschädigungstatbestand der §§ 303 und 274 Abs.1 Nr.1 besteht somit eine Verbrenchensmehrheit. Eine Gesetzeskonkurrenz ist ausgeschlossen⁴¹⁷⁾, es kommen nur noch Real- oder Idealkonkurrenz in Betracht.

Wir hatten erkannt⁴¹⁸⁾, daß zwischen den Tatbeständen des § 267 StGB Realkonkurrenz besteht, wenn der Täter bei der Herstellung eine noch unbestimmte Gebrauchsvorstellung hatte oder seine Gebrauchsabsicht nicht in vollem Umfang realisierte. Das Falsifikat wurde durch Beschädigen hergestellt, zwischen dem Beschädigen der §§ 303 und 274 Abs.1 Nr.1 und dem Herstellen des § 267 StGB besteht Handlungseinheit. Somit steht der Beschädigungstatbestand zum Herstellungstatbestand in Idealkonkurrenz und zum Gebrauchstatbestand in Realkonkurrenz.

Wir hatten gefunden⁴¹⁹⁾, daß nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz der Herstellungstatbestand unanwendbar wird, wenn der Fälscher, der bei der Herstellung eine bestimmte Gebrauchsabsicht hatte, den beabsichtigten oder an seiner Stelle einen anderen Gebrauch von seinem Falsifikat macht. Im Fall der Herstellung mit unbestimmter oder unerfüllter Gebrauchsabsicht hatten wir eine Realkonkurrenz, also Handlungsmehrheit zwischen Beschädigung und Gebrauch festgestellt. Es hat den Anschein, als ob das Verhältnis zwischen dem Gebrauch und der Beschädigung

416) RG 40,430 ff.,431

417) So auch Maurach, BT S.463, Schöнке-Schröder, § 267 Rdn.72 (anders aber § 267 Rdn.71), siehe auch Anm.411

418) Oben S.89

419) Oben S.81

durch den Umstand der materiellen Unanwendbarkeit des Herstellungstatbestandes verändert wird.

So bezeichnen Drechsler⁴²⁰⁾ und v.Hippel⁴²¹⁾ die Fälle der straflosen Vor- und Nachtat als "juristische Handlungseinheiten", obwohl sie die natürliche Handlungsmehrheit nicht leugnen⁴²²⁾ und nicht leugnen können. Beide wollen damit die Gemeinsamkeit mit der Tatbestandseinheit und den Unterschied zur Realkonkurrenz kennzeichnen⁴²³⁾.

Die mitbestrafte Tat bildet zusammen mit der strafbaren Haupttat eine Verbrechenseinheit. Dadurch unterscheidet sie sich von der Realkonkurrenz⁴²⁴⁾. Um eine Realkonkurrenz auszuschließen, muß deshalb keine Handlungseinheit fingiert werden. Da bei Handlungseinheit noch Idealkonkurrenz möglich ist, kann eine Handlungseinheit allein auch nicht die Besonderheit der mitbestraften Tat sein.

Die mitbestrafte Tat hat mit der Tatbestandseinheit die Verbrechenseinheit gemeinsam⁴²⁵⁾. Als Folge der Tatbestandseinheit erkannten wir allerdings eine (tatbestandliche) Handlungseinheit an⁴²⁶⁾. Doch diese Handlungseinheit war in der Fassung des Tatbestandes begründet, vom Gesetzgeber fingiert. Sie ist eine Besonderheit der Tatbestandseinheit und keine Eigenschaft der allgemeinen Verbrechenseinheit.

Drechsler und v.Hippel haben also übersehen, daß es bei der Feststellung einer mitbestraften Tat nicht auf die Zahl der Handlungen, sondern auf die Zahl der Verbrechen ankommt. Ihre Begründung einer Handlungseinheit über -

420) S.21

421) Deutsches Strafrecht S.549 f.(Kritik an Honig,Nachtat)
S.auch Baumann, Lehrb. S.530 (s.o. Anm.371)

422) Drechsler a.a.O.

423) S.z.B. v.Hippel a.a.O. S.433

424) S.o.S.7 ff.

425) S.oben S.7 ff.

426) S.oben S.4 ,insbes.Anm.18, und S.82 f.

zeugt nicht.

Verschiedentlich wird nun aber das Wesen der straflosen Nachtat durch die Begriffe Vollendung und Beendigung gekennzeichnet⁴²⁷⁾. Wir haben auch schon gesehen, daß eine Idealkonkurrenz auch dann möglich ist, wenn die Ausführungshandlung des einen Tatbestandes vor der Beendigung des anderen Tatbestandes vorgenommen wird⁴²⁸⁾. Nur dem Umstand, daß man sich bisher mehr für die mitbestrafte Nachtat interessierte, ist es wohl zu verdanken, daß ähnliches nicht für die mitbestrafte Vortat vertreten wurde. Man müßte nur behaupten, daß das Wesen der straflosen Vortat durch die Begriffe Versuch und Vollendung gekennzeichnet werde. Schon könnte man über eine Identität mit der Versuchshandlung eine Idealkonkurrenz zum vollendeten Tatbestand begründen⁴²⁹⁾. - Doch diese Behauptung wäre falsch. Versuch und Vollendung sind verschiedene Entwicklungsstadien innerhalb eines Tatbestandes⁴³⁰⁾. Die mitbestrafte Vortat ist aber eine Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz, die - wie bei § 267 StGB - mehrerer formell verschiedene Tatbestände voraussetzt⁴³¹⁾. Deshalb kann mit den Begriffen Versuch und Vollendung nicht das Wesen der straflosen Vortat bestimmt werden⁴³²⁾.

427) So Drechsler, S. 49, 60; Dreher, MDR 64, 168 ff., 169

428) S. oben S. 87, insbes. Anm. 385

429) S. oben S. 87, insbes. Anm. 383

430) S. oben S. 31 f.

431) S. oben S. 11

432) Entsprechendes gilt für die straflose Nachtat. Auch die Begriffe Vollendung und Beendigung kennzeichnen Entwicklungsstadien innerhalb eines Tatbestandes (s. o. S. 19). Sie sind deshalb untauglich zur Kennzeichnung der straflosen Nachtat, die als Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz mehrere, formell verschiedene Tatbestände voraussetzt. So auch Gelbert, Tat S. 18

So wird durch die materielle Unanwendbarkeit des Herstellungstatbestandes die Handlungsmehrheit zwischen der Beschädigung und dem Gebrauch nicht berührt. Der Beschädigungstatbestand der §§ 303 und 274 Abs.1 Nr.1 StGB und der Gebrauchstatbestand des § 267 StGB stehen deshalb im Verhältnis der Realkonkurrenz.

Lebenslauf

Am 13. März 1938 wurde ich als Sohn des Architekten Gottfried Schmidt und seiner Frau Ruth in Leipzig geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Schönheide im Erzgebirge, der Grundschule, der Karl-Marx-Oberschule und des Thomasgymnasiums in Leipzig und des Eberhard-Ludwigs-Gymnasiums in Stuttgart bestand ich am 27. Februar 1958 die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1958 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften; zwei Semester studierte ich an der Universität in Tübingen, sechs Semester an der Universität in München. Am 7. September 1962 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung. Zur Zeit bin ich Rechtsreferendar in Bayern.



